

## 法政大學講義録

|     |   |
|-----|---|
| 著者  | 中村 進午, 富井 政章, 志田 ?太郎, 横田 秀雄,<br>梅 謙次郎, 岡田 朝太郎, 山崎 覺次郎                           |
| 出版者 | 法政大學  |
| 巻   | 7   |
| 号   | 1学年の3   |
| ページ | 1-87  |
| 発行年 | 1906-01-15  |
| URL | <a href="http://hdl.handle.net/10114/5739">http://hdl.handle.net/10114/5739</a> |

(明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可  
每月三回、十日、二十日、三十日發行)

明治三十九年一月十日發行

。第壹學年ノ三

三十九年度  
乃乃乃乃乃

# 法政大學講義錄

第七號

法政大學發行



0104



# 三十九年度第七號目次

|          |             |                |
|----------|-------------|----------------|
| 法學通論     | 論(自三八七至六八七) | 法學博士 中村 進 午    |
| 民法總則     | 自第一章至二八     | 法學博士 富井 政 章    |
| 民法總則     | 自第四章至三五     | 法學博士 志田 鉀 太 郎  |
| 民法總則     | 自第六章至三五     | 法學博士 志田 鉀 太 郎  |
| 民法物權第一部  | 自三六至五三      | 法學士 橫 田 秀 雄    |
| 民法債權     | 自五四至五九      | 法學博士 梅 謙 次 郎   |
| 刑法總論     | 自六〇至六七      | 法學博士 岡 田 朝 太 郎 |
| 國際公法(平時) | 自四〇至五       | 法學博士 中 村 進 午   |
| 經濟學      | 自四八至五       | 法學博士 山 崎 覺 次 郎 |

雜錄 ○法學志林ノ改良ト法典質疑錄○學生忘年會○大審院判例要旨

090  
1906  
1-1-3

慣習トハ人民ノ永ク遵據スル行爲ノ標準ト云フコトナリ最モ注意ヲ要スヘキハ慣習ト慣習法トノ區別是ナリ慣習カ法律ト成ラサル以上ハ單純ナル慣習ニ過キスシテ法律タルノ效力ヲ得タルトキニ限リ始メテ之ヲ慣習法ト謂フ故ニ慣習ハ法律ノ淵源ナレトモ慣習法ハ法律ノ淵源ニハアラス慣習法ハ寧ロ法律其者ナリ今慣習ノ種類ヲ舉クレハ左ノ如シ

第一、一般慣習、局地慣習 此區別ハ或慣習ノ行ハルル土地ヲ本トシテ立テタルモノナリ一般慣習トハ全國一般ニ行ハルル慣習ヲ謂ヒ局地慣習トハ或地方ノミニ行ハルル慣習ヲ謂フ交通不便ノ時代ニ於テハ一般慣習極メテ少ク局地慣習甚タ多シ

第二、普通慣習、特別慣習 此區別ハ此慣習ヲ行フ人ノ種類ヲ標準トシテ定メタルモノナリ普通慣習トハ總テノ人ニ行ハルル慣習ニシテ特別慣習トハ或種ノ身分、狀態、地位ニ在ル人ニ行ハルル慣習ナリ例ヘハ商慣習ト云ヘハ商人ノ間ニ行ハルル慣習ナルカ如シ

第三、記錄慣習、不文慣習 此區別ハ慣習カ文書ニ記載セラレタルト否トヲ標準トシテ立テタルモノナリ慣習ハ文書ニ記載セラレタルノ故ヲ以テ法律ト爲ルモノニ非ス慣習ハ此場合ニ於テハ單ニ慣習トシテ記載セラレタルニ過キス例ヘハ獨逸ノ「サクセンスビーグル」ノ如シ從テ之ヲ法律トスルニハ法律ノ效力ヲ與フル特別ノ手續ヲ履マサルヘカラス

慣習カ法律ニ非サルハ以上ニ述フル所ニ依リテ明カナリ然ラハ慣習カ何時慣習法ト爲ルヤハ大ナル問題ナリ慣習カ慣習法ト爲ルノ標準ヲ定ムルニ付テ夥多ノ學說アリ今左ニ其最モ重モナルノヲ列記説明スヘシ

第一、人民確信說 此說ニ據レハ人民カ從來慣習トシテ行ヒタル行爲ヲ法律トシテ自ラ遵守スルニ至

リタルトキ慣習法ト爲ルト云フナリ此說ハ法律ハ人民ノ總意ニ出テタリトノ議論ヨリ生シタルモノナリ故ニ法律カ人民ノ總意ニ出テタルモノニ非ストスレハ此說ハ當然破壞セラハヘク加之人民カ或慣習ヲ法律ナリト確信シタル時トハ抑モ如何ナル時ヲ云フカ極メテ曖昧ナルヲ免レヌ

第二、主權者認定說 此說ハ主權者カ慣習ヲ暗黙ニ認定シテ法律タル效力ヲ與フルトキヲ標準ト爲シ其時ヨリ之ヲ法律ト爲スヘシト云フナリ故ニ若シ主權者カ明示ニ認定スレハ慣習法ト爲ラスシテ成文法ト爲ルナリ此說ハ暗黙ノ認定ナルコトヲ根本ト爲スト雖モ所謂暗黙ナルカ故ニ何時認定シタルヤ途ニ明白ナルコト能ハス

第三、永續慣行說 此說ニ據レハ慣習ハ永續シテ行ハルルトキニ始メテ法律ト爲ルト云フナリ然レトモ此說ハ單ニ永續ト云フ不定ナル事實ヲ根本トシテ一定ノ期間ヲ附シタルモノナルヲ以テ極メテ曖昧ナリ加之其慣習モ亦何時始マリタルヤ不定ナルヲ以テ此說モ亦決シテ鞏固ナルモノニ非ス

第四、裁判所認定說 此說ニ據レハ或慣習ニ付テ當事者ノ間ニ訴訟ヲ起シ裁判所ニ判定ヲ請フニ當リ裁判所カ此慣習ヲ法律ナリト認定セハ之ニ由リテ法律タル效力ヲ得ルモノナリト英國ノ學者ニ此說ヲ採ルモノ頗ル多シ

第五、條件充實說 此說ニ據レハ法律ヲ以テ慣習カ法律ト爲ル條件ヲ定メ慣習ニシテ此條件ヲ充タサハ之ヲ法律ト爲スヘシト云フナリ此說ノ缺點ハ其所謂條件ナルモノカ時ニ依リ所ニ依リ人ニ依リテ異ナルノ點ニ在リ英國ニ於テハ左ノ如キ條件ヲ定ム

一、古ヨリ行ハルルコト

二、繼續シテ行ハルルコト

三、爭又ハ疑ナク行ハルルコト

四、確定シタルコト

五、強制力ヲ有スルコト

六、條理ニ適スルコト

七、法律又ハ其他ノ慣習法ニ背馳セサルコト

然レトモ英國ニ於テハ此條件ハ法律ノ定メタルモノニ非スシテ裁判例ニ依リテ定マリタルモノナルカ故ニ此第五說ハ其實第四說中ニ包含セラルルモノナリ次ニ獨逸ノ「デルンブルヒ」ハ慣習カ法律ト爲ル條件ヲ左ノ如ク列舉セリ

一、同一ノ行爲ナルコトヲ要ス

二、多年ノ慣習ナラサルヘカラス

三、法律上ノ慣習ナラサルヘカラス

四、人民一箇ノ慣習ナルト人民ノ團體ノ慣習ナルトヲ問ハス

五、善良ノ風俗完全ナル理性ニ反スヘカラス

古ニ於テハ慣習法ヲ以テ完全ナル法律ト爲シ慣習法ト成文法トハ同一ノ效力ヲ有スルモノト看做シ成文法ヲ以テ慣習法ヲ變スルコトヲ得ヘク又慣習法ヲ以テ成文法ヲ變スルコトヲ得ヘシトセリ然ルニ近世ニ至リテハ成文法ハ慣習法ヲ變更又ハ廢止スルコトヲ得ヘキモノニ非ストセリ何トナレハ成文法ハ人民ノ權利義務ヲ確メンカ爲メニ國家ノ進ンテ制定シタルモノナルニ慣習法ハ裁判官ノ認定ニ依リテ生スルモノナレハ慣習法ヲ以テ成文法ヲ變更廢止スルコトヲ得ルトセハ人民ノ權利義務ハ裁判官ノ意

思ニ因リテ左右セラルルノ恐アレハナリ  
 次ニ生スル問題ハ裁判官ハ慣習法ヲ知ルノ義務アリヤ否ヤ是ナリ裁判官ハ自國ノ法律ヲ知ルノ義務アリ  
 リ而シテ慣習法ヲ知ラサルヘカラスナル問題ハ說ノ分ルル所ナリ「フタタ」云ヘルコトアリ「裁判官ハ法律ヲ知ルノ義務アリ慣習法モ亦法律ナリ故ニ慣習法カ裁判上明カナラサル場合ニハ裁判官ハ職權ヲ以テ之ヲ調査セサルヘカラス」ト獨逸ノ民事訴訟法第二六五條ハ「フタタ」ノ考ト反對ノ規定ヲ設ケタリ曰ク「裁判官ハ獨立シテ慣習法ヲ調査スルノ權アレトモ裁判官若シ慣習法ヲ知ラサルトキハ當事者ヨリ之ヲ證明セサルヘカラス」ト尤モ裁判官ハ當事者ノ證明セル事實ヲ慣習法ト見ルヘキヤ否ヤハ全ク隨意ナリ予輩ハ慣習法モ等シク法律ナルノ故ヲ以テ裁判官ハ慣習法ヲ知ラサルヘカラストノ考ヲ有ス例ヘハ日本ノ法例第二條ニハ左ノ如キ規定ヲ設ケタリ  
 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限リ法律ト同一ノ效力ヲ有ス  
 此法文ニ據レハ慣習ハ法律ト同一ノ效力ヲ有スルコトアルヲ以テ其法律ナルコト勿論ナリ隨テ裁判官カ之ヲ知ラサルヘカラスナルハ當然ノ理ナリ而シテ我日本ノ今日ノ狀態ニ於テハ慣習カ救義ノ法律即チ議會ノ協賛ヲ經タル法律ヲ變更廢止スルコトヲ得ルヤ否ヤハ問題ト爲ラス

## 第二節 學說

學說ハ學者カ法律ニ法理上ノ見解ヲ下シタルモノナリ法律ニ不明ナル所アル場合或ハ其法律ノ是非善惡ヲ論スル場合等ニ於テ學者ハ自己ノ學說ヲ發表シテ法律ノ缺點ヲ補ヒ法律ヲ解釋スルニ裨益スルコト多シ學說カ法律ノ淵源ト爲ルハ此點ニ在ルモノニシテ唯立法者カ學者ノ所說ヲ參考ニ供スルノミ然レトモ學說ハ學說其モノトシテハ決シテ法律ト爲ルモノニ非ス即チ學說カ法律ト同一ノ力ヲ得ルニハ國家ノ權力カ學說ニ法律タルノ力ヲ與ヘタル場合ニ限ルモノナリ  
 學說ニハ直接ニ法律ノ淵源ト爲ルモノト間接ニ法律ノ淵源ト爲ルモノトアリ學說カ直接ニ法律ノ淵源ト爲リタル場合トハ例ヘハ羅馬馬ノ「テオドシウス」第二世カ當時ノ法律ノ大家タル「パビニアス」パウルス「ガイウス」ウルピアス「モデスチヌス」ノ說ニ法律タルノ效力ヲ與ヘタルカ如キ之ナリ尙ホ羅馬ノ「デヌスチニヤン」帝カ三十九大法律家ノ家說ヲ集メテ「デクスター」法典ヲ作り之ニ法律タルノ效力ヲ與ヘタルコトアリ學者ノ說ノ直接ニ法律ト爲ルコトハ近世ニ於テハ見サル所ナリ故ニ近世ニ於テ學說カ法律ノ淵源ト爲ルハ皆間接ノ方法ニ依リテ成ルモノナリ而シテ學說カ間接ニ法律ノ淵源ト爲ルト云フハ唯法律ノ參考ト爲リシニ過キサナリ

## 第三節 條理

條理トハ自然ノ道理ト云フコトニシテ正義又ハ正道ト云フト其義ヲ一ニス我國ノ明治八年ノ裁判事務心得ニハ法律ニ明文ナキトキハ慣習ニ從フヘク慣習ナキトキハ條理ニ從フヘシトノ規定ヲ設ケタリ又或國ノ法律ニ於テハ法律ニ明文ナキトキハ自然法ニ從フヘシト規定セリ  
 此ノ如ク道理又ハ自然法ト云フカ如キモノハ極メテ不明又ハ不確定ノモノナリト雖モ若シ此種ノ規定ヲ設ケサルトキハ裁判官ハ常ニ法律ニ明文ナキノ理由ヲ以テ裁判ヲ拒絕セサルヘカラスノ不都合ヲ生スヘシ而シテ以上述ヘタル所ハ裁判官カ法律ヲ解釋適用スルニ當リテ條理ヲ基トスヘキコトヲ說キ

タルニ過キサレトモ立法者カ法律ヲ作ルニ當リテモ亦條理ニ據ラサルヘカラス何トナレハ條理ハ其時代ニ於テ其國家ニ在リテ國家的拘束ヲ作ルノ標準ト爲ルモノナルヲ以テナリ若シ立法者カ法律ヲ作ルニ當リ條理ニ據ラスシテ可ナリトスルトキハ立法者ハ自己ノ利益ノ爲メニ亂暴ナル法律ヲ制定スルノ恐アレハナリ

#### 第四節 條約

條約トハ國家ト國家トノ間ノ契約ニシテ一國カ他國ト條約ヲ締結スルモ締結國雙方ノ人民ハ此條約ヲ遵奉セサルヘカラサルノ義務アルモノニ非ス條約ハ國ト國トノ間ニ存スル契約ナルカ故ニ條約ニ拘束セララルモノハ唯國家アルノミ然レトモ條約ハ單ニ國家ノミヲ拘束スルモノナリトシテ人民ヲシテ條約ノ實質ニ從フコトナカラシメハ國家ハ到底締結國ニ對シテ完全ニ條約上ノ義務ヲ履行スルコト能ハサルヘシ故ニ國家ハ一方ニ於テ外國ト條約ヲ締結スルト同時ニ他方ニ於テハ國內ニ對シテ條約ヲ發布スルモノナリ而シテ其條約ヲ法律トシテ發布スルカ命令トシテ發布スルカ將タ條約其者トシテ發布スルカノ如キハ敢テ問フ所ニ非ス斯ル場合ニ於テハ人民ハ當然此條約ニ從ハサルヘカラス然レトモ人民カ此條約ニ拘束セララルト云フコトハ決シテ條約其者即チ國家ト國家トノ約束ニ拘束セララルニ非ス即チ此場合ニ於テハ條約カ法律ノ淵源ト爲リ人民カ條約ヲ法律ノ一淵源ヨリ生シタル法律ニ拘束セララル義務ヲ負ヒタリト云フニ過キス

#### 第五節 判決例

判決トハ裁判官カ或爭ニ關シテ當事者ニ向テ下シタル斷定ヲ謂フ前述ノ如ク裁判官カ判決ヲ下スニハ必ス法律ニ依ラサルヘカラサルモノナレトモ法律ニ明文ノ缺ケタルトキハ條理又ハ慣習ニ依ラサルヲ得ス社會ハ日ニ進歩スルモノナルヲ以テ一度制定シタル法律ト雖モ社會日進ノ狀態ニ適セサルニ至ルコト極メテ多シ此場合ニ於テハ法律ノ明文ハ社會ノ進歩ニ比シテ後レタルモノナリ  
斯ル時ニ於テハ條理、慣習又ハ裁判例ニ由リテ法律ノ源ヲ作ルノ必要ヲ見ル何レノ國ノ法律ト雖モ凡テ完全無缺ト云フコトナシ今日ニ於テハ多クノ國ニ於テ成文法律ヲ作リ又ハ法典ヲ作リテ權利義務ニ關シ明細ナル規定ヲ設クト雖モ而モ尙ホ不備ノ點アリテ人民カ時トシテ不羈放肆ノ行爲ヲ爲スコトアルハ免レサル事實ナリ是ニ於テ法律ノ明文ナキコトニ關シテ裁判所カ下シタル判決ノ集マレモノアリ而シテ斯ル判決例ハ屢々其後ニ制定セララル法律ノ淵源ト爲ルコトアルモノナリ

法律ハ裁判官ヲ拘束スルモノナリト雖モ判決例ハ裁判官ヲ拘束スルモノニ非ス多クノ場合ニ於テ裁判官ハ判決例ニ遵據スト雖モ其判決例カ學理ニ反シ條理ニ反スト考フレハ後ノ事件ノ起リタル時ニ當リテ前ノ判決例ニ從フコトヲ要セス裁判官カ判決例ニ拘束セラレサルハ獨リ下級又ハ同級ノ者ノ下シタル判決例ニ服從セスト云フコトヲ意味スルノミナラス上級ノ裁判所カ下シタル判決例ニモ拘束ヲ受ケスシテ可ナルモノナリ尤モ英國米國ノ主義ニ於テハ上ニ述フル所ト反對ニシテ裁判官ハ裁判例ニ拘束セララルモノトシテ下級ノ裁判所ハ上級ノ裁判所ノ判決例ヲ守ラサルヘカラストセリ元來判決例ナルモノハ統一セサルヘカラサルモノナリ何トナレハ一國ノ裁判所ニシテ同一性質ノ事件ニ關シテ異ナリタル判決ヲ下シタルトキハ之カ爲メニ國權ノ統一ヲ害シ裁判所及ヒ裁判官ノ威嚴ヲ失ハシメ又人民ノ權利及ヒ財產ヲ不安全ナラシムルモノナレハナリ



## 第六節 宗教

祭政一致ノ時代ニ於テハ宗教ヲ以テ政治同一ナリト考ヘ又宗教ヲ以テ法律ナリト考ヘタリ何トナレハ法律ハ神ノ意思ニ出テタルモノナリトノ思想行ハレタルヲ以テナリ隨テ此時代ニ於テハ宗教ヲ以テ國家ヲ統治スルモノトシ宗教ハ當ニ法律ノ淵源タルモノナリ例ヘハ希臘ニ於ケル「ライカルガス」ノ法典亞拉比亞ニ於ケル「マホメット」ノ法典印度ニ於ケル「メニュー」ノ法典ノ如キ皆是ナリ近時ニ至リテハ宗教カ法律ノ淵源ト爲ルコトハ殆ト之ナキニ至リタリト雖モ尙ホ今ニ至リテ其痕跡ヲ止ムモノナキニ非ス例ヘハ佛國ニ於テ千八百八十五年ニ至ルマテ離婚ヲ禁シタル理由ノ一端ハ婚姻ハ神ノ結付ケタルモノナルカ故ニ人力ヲ以テ之カ結合ヲ解クヘカラスト云フニ在リ又彼ノ家督相續ノ制度ノ如キハ祖先ノ祭祀ヲ絶タシムヘカラスト云フ宗教上ノ理由ニモ胚胎スルモノナリ

## 第七節 外國法

外國法カ內國法律ノ淵源ト爲ルハ法律繼受ノ結果ナリ然レトモ外國法カ內國法ノ淵源ト爲ルト云フハ決シテ外國法カ直接ニ自國法ト爲ルトノ謂ニ非ス如何ナル國家モ外國法ニ從ハサルヘカサルノ義務アルニ非サルカ故ニ國家ハ外國法ヲ適用スルモノニ非スシテ國家カ外國法ニ倣ヒ外國法律ト類似又ハ同一ナルモノニ自國主權ノ力ヲ以テ自國法律タルノ效力ヲ與フルニ及ンテ始メテ自國ノ法律ト爲ルモノナリ今日ノ如ク世界ノ交通頻繁ナル時代ニ於テハ外國法カ內國法ノ淵源ト爲ル場合甚タ多シ此點ニ付テハ前章ニ述ヘタル固有法及ヒ繼承法ヲ參照スヘシ

## 第九章 法律ノ公布及ヒ施行期限

法律カ法律タルノ效力ヲ生スルハ裁可ニ在リ公布ハ之ニ由リテ單ニ臣民ニ對シテ遵奉ノ義務ヲ負ハシムル時期ヲ示シ又ハ官吏ニ對シテ之ヲ執行セシムルノ時期ヲ示スモノナリ獨逸憲法第二條ニ於テハ法律ハ公布ニ由リテ拘束力ヲ生ストノ規定アルカ故ニ我國ノ憲法トハ全ク異ナリタル主義ヲ採用セルモノナリ獨逸ノ「イェーリング」ガ法律ハ公布ニ由リテ法律タル效力ヲ生スルモノナリト云ヘルハ唯獨逸憲法上ヨリノ見解ニシテ之ヲ以テ世界各國ノ法律ニ通スル學理ナリト云フコトヲ得ス英國ニ於テハ法律ハ公布ヲ要セスシテ法律タルノ效力ヲ生ストセリ是レ亦我國ノ憲法ト異ナル所ナリ  
法律ハ公布ハ天皇ノ命ニ從ヒテ之ヲ爲スモノナリ憲法第六條ニ「天皇ハ法律ヲ裁可シ其ノ公布及執行ヲ命ス」トアルニ徴シテ明カナリ公布セラレタル法律ハ何時ヨリ執行セラルヘキヤニ付テハ明治三十一年七月法律第一〇號法例第一條ニ規定スル所ニシテ即チ左ノ如シ

法律ハ公布ノ日ヨリ起算シ滿二十日ヲ經テ之ヲ施行ス但法律ヲ以テ之ニ異ナリタル施行時期ヲ定メタルトキハ此限ニ在ラス

臺灣 北海道 沖繩縣 其他島地ニ付テハ勅令ヲ以テ特別ノ施行時期ヲ定ムルコトヲ得  
右ノ規定ニ依リ法律ハ一般ニ公布ノ日ヨリ滿二十日ヲ經テ實際ニ行ハルモノナリ今我國明治ノ初年ヨリ今日ニ至ルマテハ法律施行時期ニ關スル沿革ヲ舉グアレハ左ノ如シ

一 明治六年二月第六三條太政官達 自今布告御發令毎ニ人民熟知ノ爲メ凡ソ三十日間便宜ノ地ニ於テ揭示セシメ候事

- 二 明治六年第二二三號達 到達ノ上三十日揭示ノ後ハ其管下一般ニ之ヲ知り得タルモノト看做ス
  - 三 明治七年第四八號達 諸布告到達日限ノ翌日ヨリ膽寫日數二十日ヲ除キ其翌日ヨリ三十日ヲ經過スルトキハ一般ノ人民地方便宜ノ方法ヲ設ケ施行致スヘシ
  - 四 明治十六年第一四號達(是レ單ニ官報到達日數ヲ規定シタルモノナリ)
  - 五 明治十九年勅令第一號公文式第一〇條 凡ソ法律命令ハ官報ヲ以テ布告シ官報各府縣廳到達日數後七日ヲ以テ施行ノ期限トス但官報到達日數ハ明治十六年五月二十六日第十四號ノ布達ニ依ル
  - 六 明治二十三年十月六日法例第一條 法律ハ公布アリタル日ヨリ滿二十日ノ後ハ之ヲ遵守ス可キモノトス但法律ニ特別ノ規定アルモノハ此限ニ在ラス
- 法律ヲ如何ナル國ノ文字ニ依リテ發布スヘキハ各國各、特別ナリ我國ニ於テハ此種ノ問題ノ起ルコト極メテ少シト雖モ外國ニ於テハ一國內ノ各地言語ヲ異ニスルコト多キヲ以テ數箇ノ語ヲ用ヒテ法律ヲ公布スルコト稀ナリト爲サス例ヘハ瑞西、奧太利ノ如キハ即チ是ナリ
- 國民ハ法律ヲ知ラザリシトノ理由ヲ以テ法律ノ遵奉ヲ肯セサルノ抗辯ヲ爲スコト能ハス此原則ヲ名ケテ「法ノ不識ハ許サス」ト謂フ何トナレハ或人因果シテ發布セラレタル法律ヲ知リタリヤ否ヤハ到底之ヲ證明スルコト能ハサレハナリ我國ニ於テハ法律ニハ公布アルノミナリト雖モ佛、白等ニ於テハ法律ノ頒布ト公布トノ間ニ嚴然タル區別ヲ爲セリ頒布トハ法律ノ存在スルコトヲ明カニシ且之ヲ執行ヲ命スル行爲ニシテ公布トハ之ヲ人民ニ告知スル方法ナリ即チ法律ヲ執行力ヲ生スル時ト遵奉ノ義務ヲ生スル時トヲ區別シタルモノナリト雖モ此區別ハ實益ナキカ故ニ多數國家ノ採用セサル所ナリ今日ニ於テハ法律ハ悉ク之ヲ公布スルモノナリト雖モ孰レノ時代ニ於テモ之ヲ公布シタルモノニ非ス例ヘハ希臘ノ法律ハ「ダイヲニシス」ノ時ニ至リテ始メテ公布セラレ羅馬ノ法律ハ十二銅律ノ時ニ至リテ始メテ公布セラレタリ我國ニ於テモ聖德太子ノ憲法、徳川時代ノ百箇條ノ如キハ皆之ヲ公布シタルモノニ非ス例ヘハ百箇條ノ奥書ニハ「右ノ趣キ上聞ニ達シ相定メ候其係リ役人ノ外他見アルヘカサルモノナリ云云」トアリ此ノ如ク法律ヲ公布スルコトナカリシハ法律適用ノ便ヲ保タンカ爲メナリ古ニ於テハ法律不公布ノ重ナル原因ハ恐クハ立法者ト人民トノ知識甚シク懸隔シ法文ヲ發布スルモ人民ノ之ヲ解スル者ナカリシカ故ナルヘシ然ルニ因襲ノ久シキ人民ノ知識力進歩スルニ至リテモ立法者ハ法律ヲ公布スルコトヲ好マス行政官モ亦法律ヲ公布セサルヲ以テ便宜ナリト爲シタリ故ニ此時代ニ於テハ法律ハ人民ヲ統治センカ爲メニ單ニ官吏ニ對シテ發シタル訓令ニ過キサリシナリ世ノ漸ク進歩スルニ隨ヒ人民ハ法律ノ公布ナクハ自己ノ權利義務ノ存スル所ヲ確ムルコト能ハサルヲ以テ國家ニ對シ法律ノ公布ヲ強請セリ例ヘハ羅馬ノ十二銅律ノ如キハ人民ノ強請ヲ容レテ主權者カ公布シタルモノナリ法律ノ公布ナキトキハ獨リ人民ノ權利義務力安固ナラサルノミナラス統治者カ權力ヲ恣ニスル恐アリ又人民カ卑屈ニ流ルルノ弊アリ爲メニ國家ノ發達ヲ妨クルコト少シト爲サス
- 以上述べタルカ如ク法律ハ古ニ在リテハ多クハ之ヲ公布セサルヲ例トシタレトモ主權者カ之ヲ公布スルヲ却テ便宜ナリト思考スル場合ニ於テハ故ラニ之ヲ公布シタルコトアリ例ヘハ徳川時代ニ於テ故ラニ或法律ヲ高札トシテ道路ニ掲ケタルモノアルカ如シ法律ヲ公布スル方法ハ時代ニ依リ又國ニ依リテ同一ナラス今古來發達シタル公布ノ方法ヲ舉クルコト左ノ如シ

第一 朗讀公布法 古ニ於テハ國民ノ知識極メテ幼稚ニシテ立法者カ制定シタル法律ヲ國民ノ解讀スルコト能ハサリシヲ以テ國民ヲ集メテ法文ヲ讀聞スノ習アリタリ且讀聞セタル法律ヲ永ク記憶セシメシカ爲メニ法文ニ韻ヲ踏ミタルモノ印度、暹羅等ノ法律ニ於テ屢見所ナリ此朗讀ハ成ルヘク人民ノ多數集合スル場所例ヘハ神社、寺院、市場、劇場、港津等ニ於テ之ヲ爲スヲ例トセリ又此等ノ場所ニ於テセサルモ鳴物ヲ鳴ラシ多數ノ國民ヲ集メ法文ヲ讀聞セタルノ例極メテ多シ

第二 登錄法 登錄法トハ一定ノ場所ニ法文ヲ備ヘ置キテ人民ノ來リテ觀覽ヲ望ム者ニ之ヲ示ス方法ナリ此方法ハ人民カ文字ヲ解スルニ至リテ始メテ生スルモノナリ然レトモ此方法ハ故ラニ或場所ニ赴キテ特ニ法文ヲ讀ムニ非サレハ知ルコト能ハサルモノナルヲ以テ極メテ迂遠ノ方法ナリ

第三 揭示法 揭示法トハ文字ノ示スカ如ク一定ノ場所ニ法文ヲ揭示スルナリ揭示法ハ一般ノ法律ニ付テモ多クノ便宜アリト雖モ殊ニ或特別ノ場合ニ特別ノ事柄ニ付テ之ヲ爲スノ必要アリ例ヘハ銃獵ヲ禁セントスル場所ニ銃獵禁制ノ揭示ヲ爲スカ如ク通行ヲ禁セントスル場所ニ往來止ノ揭示ヲ爲スカ如シ我國ニ於テハ明治七年第八號ノ達ニ依リテ一般ノ法律ヲ揭示スルノ制ハ廢セラレタレトモ尙ホ特別ノ事項ニ付キ特別ノ場所ニ法律ヲ揭示スルコトハ今日ニ於テ盛ニ行ハレツツアリ例ヘハ車馬通行止ノ揭示ヲ其場所ニ爲スカ如ク又此土手ニ登ルヘカラストノ揭示ヲ其場所ニ爲スカ如シ

第四 回達公布法 回達公布法トハ少數ノ法律文ノ寫ヲ作りテ町、村、區等ノ内ニ次ヲ追ヒテ回付スルノ方法ナリ

第五 配達公布法 配達公布法トハ謄寫又ハ印刷等ノ手段ニ依リ各戸ニ就キ其法文ヲ配達スル方法ナリ尤モ配達公布法ト雖モ國內ノ總テノ家ニ配達スルノ制度ヲ採リタルモノハ未ダ聞カサル所ニシテ多クハ一定ノ部數ヲ限リ之ヲ配達シタリ例ヘハ千八百七年ノ英國ノ公布法ハ一般ノ法令ハ五千五百部ヲ印刷シテ之ヲ配達シ特別ノ法令ハ三千部ヲ印刷シテ之ニ關係アル者ノミニ配達シタリ

第六 官報公布法 此方法ハ國家カ官報ヲ發行シテ之ニ掲載スルヲ以テ公布ノ式ト爲ス方法ナリ官報公布ノ事ハ明治十九年勅令第一號公文式第一〇條ヲ以テ規定シタルコト前既ニ述ヘタル所ナリ此方法ヲ採ルト雖モ必スシモ國民カ悉ク事實上法文ヲ見ルモノナリト謂フコト能ハス然レトモ他ノ方法ニ比シテ比較的ニ完全ナルモノナルカ故ニ多クノ國家ニ於テ此方法ヲ採用セリ將來ニ於テハ或ハ國家カ官報ヲ各戸ニ配布シテ總テノ國民ヲシテ法律ヲ知ラシムルノ便ヲ與フルコトナキニシモ非サルヘシ臺灣ニ付テハ明治三十三年九月ノ臺灣總督府令第七〇號ヲ以テ特別ニ臺灣總督ノ發スル命令ハ府報ニ掲載スルヲ以テ公布式トスト規定セリ府報ハ一種ノ官報ト見テ差支ナシ

## 第十章 法律ノ制裁

法律ノ制裁トハ法律ノ與フル懲報ナリ懲報ハ之ヲ制裁ト謂ハス故ニ法律カ時ニ賞ヲ與フルコトアリト雖モ是レ制裁ニ非ス法律カ或行爲ニ制裁ヲ與フル所以ハ法律ノ執行ヲ安全ニセンカ爲メナリ然レトモ法律ハ制裁アルカ爲メニ行ハルモノナリト考フルハ誤解ナリ制裁アル法律ト雖モ或行爲ヲ爲シタル者カ事實上其法律ニ服従スルコトヲ免レ又制裁ヲ脱スルコトアリ制裁ナキ法律ト雖モ箇人ノ之ニ服従シテ安全ナルヲ得ルモノ極メテ多シ法律ノ制裁ハ國ニ因リ又時代ニ因リテ其種類ヲ異ニスト雖モ現今一般ニ行ハル所ノモノヲ大別スレハ公法上ノ制裁ト私法上ノ制裁トノ二者ト爲ル公法上ノ制裁ノ最モ多クハ刑事上ノ制裁ニシテ私法上ノ制裁ノ最モ多クハ民事上ノ制裁ナリ

第一 公法上ノ制裁トハ國家機關ノ請求ヲ待チテ法律ノ違反者ニ對シテ加フル懲罰ナリ

一、死刑 死刑ハ人ノ生命ヲ斷ツヲ以テ目的ト爲シ徒ニ苦痛ヲ與フルコトヲ目的トスルモノニ非ス蓋シ社會國家ニ危害ヲ及ホス者アルトキハ之ヲ社會ヨリ遠ケ以テ其危害ヲ免レシメントスルノ主旨ニ出ツルモノナレハナリ今日一般ニ行ハル死刑ノ方法ハ絞殺斷首、銃殺、電氣殺ノ四者ニ過キス古ニ於テハ磔殺、火炙、鋸引、車裂等アリタレトモ今日ニ於テハ殘酷ノ嫌アルト生命ヲ斷ツニ必要ナルトノ故ヲ以テ之ヲ採ラス又古ニ於テハ梟首、驅屍等ノ方法アリタレトモ死後ニ凌辱ヲ加フルノ必要ナキヲ以テ今日ノ文明國ニハ之ヲ採用スルモノナシ

死刑ノ廢止ヲ實行スル國アリ瑞西ノ某「カント」ノ如シ死刑廢止論者ノ根據トスル所數多アリ曰ク人ノ生命ハ神ノ與フル所ナルカ故ニ人ヲシテ人ノ生命ヲ奪ハシムルハ不當ナリ又曰ク死刑以外ニ人ヲ社會ヨリ遠クルノ方法備ハラサルニ非ス終身監獄ニ拘禁スルトキハ善ク此目的ヲ達スルニ足ルヘシ何ヲ苦シテ殺戮スルコトヲ須ヒンヤト反對說ヲ唱フル者ハ曰ク終身監獄ニ拘禁スルモ尙ホ脫獄ノ恐ナキヲ保セス又曰ク國家力其費用ヲ以テ犯罪者ヲ終身扶養スルトキハ國庫ノ負擔重シテ死刑ヲ廢止セバ國甚タ窮シ然レトモ立法論トシテ死刑ノ存廢ハ未タ充分ニ之ヲ討究スルノ餘地アルモノナリ

二、身體刑 身體刑トハ身體ニ苦痛ヲ與フル刑罰ナリ今日或國ニ行ハル管刑杖刑ノ如キ是ナリ身體刑ヲ加フルノ趣意ハ苦痛ヲ與ヘテ犯罪者ヲ懲ラシメ若クハ更ニ一般ニ之ヲ公示シテ他人ノ此ノ如キ犯罪ニ倣フヲ防カントスルモノナリト古ニ於ケル劓刑刖刑ノ如キハ皆是ナリ

苦痛ヲ與フルヲ主意トセサル身體刑アリ例ヘハ入墨ノ如シ始メハ犯罪者カ他人ニ苦痛ヲ加ヘタル反坐トシテ斯ル刑罰ヲ科シタルモノナレトモ後ニ至リテハ人ノ身體ニ特徵ヲ付シ以テ懲ラ處罰セラレタルコトアリテ公示ヲ科シテ社會一般ノ人ヲシテ該犯罪者ノ前ニ自ラ戒メシメントスルヲ目的トスルニ至レリ然ルニ今日ニ於テハ此特徵ヲ付スルコトヲ否認スル學者多ク又此刑罰ヲ設クル國ナシ蓋シ之カ爲メニ犯人ヲシテ自暴自棄ニ陥ラシメ正業ニ就クコトヲ得セシメサルノ虞アルヲ以テナリ

三、自由刑 自由刑トハ人ノ自由ヲ束縛スル刑罰ナリ自由刑ハ同時ニ身體ニ苦痛ヲ與フルコトアレトモ身體ニ苦痛ヲ與フルコトヲ主意トセスシテ却テ自由ヲ拘束シテ精神上ノ苦痛ヲ感セシムルヲ主意トスルモノナリ自由刑ヲ科スルノ目的ハ一ハ右ノ點ニ存シ又同時ニ社會ト犯罪者トノ交通ヲ阻碍スルヲ目的トス自由刑ノ種類ハ國ニ由リテ異ナリト雖モ我カ現行刑罰法ノ科スル所ハ左ノ如シ

- イ 徒刑ハ定役ニ服セシメ有期トアリ有期徒刑ハ十二年以上十五年以下トス
- ロ 流刑ハ定役ニ服セシメ有期ト無期トアリ共ニ島地ニ派ス有期流刑ハ十二年以上十五年以下トス
- ハ 懲役ハ定役ニ服セシメ重懲役輕懲役ノ二者アリ重懲役ハ九年以上十一年以下トシ輕懲役ハ六年以上八年以下トス
- ニ 禁獄ハ定役ニ服セシメ重禁獄輕禁獄ノ二者アリ重禁獄ハ九年以上十一年以下トシ輕禁獄ハ六年以上八年以下トス



ホ 禁錮ハ分チテ重禁錮輕禁錮ノ二トシ重禁錮ハ定役ニ服セシメ輕禁錮ハ定役ニ服セシメス兩者共二十一年以上五年以下トス

ト 拘留ハ定役ニ服セシメス一日以上十日以下トス

ト 監視(刑三七條三九條參照)

以上ノ内徒刑、懲役、重禁錮、拘留、監視ハ常事犯ニ科シ流刑、禁獄、輕禁錮ハ國事犯ニ科ス

四、財産刑 財産刑トハ其刑罰ヲ受クル者ノ財産ヲ沒收スルモノナリ犯罪ノ用ニ供シタル器具ヲ沒收スルカ如キ罰金、科料、官吏ノ罰俸ノ如キ皆財産刑ニ屬ス古ニ於テハ贖罪ナル制度アリテ死刑身體刑其他ノ刑罰ニ對シ金錢ヲ出シテ犯罪者ノ罪ヲ免除シタルコトアリト雖モ今日ニ於テハ斯ル方法ヲ用ヒス一般ニ財産刑ハ之ヲ科セラル者ノ貧富ニ應ジテ痛痒ヲ感スルコト相異ナルカ故ニ決シテ公平ナル所罰方法ナリト稱スルコトヲ得ス犯罪ノ用ニ供シタル器具ヲ沒收スルノ理由ハ社會ニ對スル害毒ヲ粉カラシメントスルニ外ナラス

五、名譽刑(加辱刑) 名譽刑ニハ名譽ヲ中止スルモノト剝奪スルモノトノ二種アリ公權剝奪、公權停止、華族ノ禮遇停止、官位勳章ノ剝奪、懲戒免官ノ如キ是ナリ此刑ヲ科スルノ趣意ハ被罰者ヲシテ社會ニ對シ信用ヲ失ハシメ以テ世人ト平等ニ交際スルノ便ヲ得サルニ至ラシメント圖ルニ在リ

## 第二

一、損害賠償 損害賠償トハ不法行為ヨリ生シタル損害ニ對シ一定ノ償ヲ爲スモノヲ謂フ損害ノ賠償ニハ金錢ヲ以テスルモノアリ貨物ヲ以テスルモノアリ凡テ加害者カ裁判ノ結果トシテ被害者ニ引渡スモノヲ謂フ然レトモ賠償ハ決シテ罰金ニ非ス罰金ハ刑事上ノ制裁ナレハナリ賠償ノ額ハ初

ヨリ確定スルモノト確定セサルモノトノ二種アリ前者ハ重ニ財産ノ毀損ノ如キ場合ニ生シ後者ハ重ニ名譽毀損ノ如キ場合ニ生スルモノナリ

實際上金錢ニ見積ルコトヲ得ヘカサル名譽ノ毀損例ヘハ誹毀ノ如キコト又ハ養子縁組ノ妨害ノ如キモノニ對シ金錢ヲ以テ賠償ヲ爲サシムルハ不當ナリトハ佛國主義ノ採ル所ニシテ英國主義ノ學者ハ金錢ニ見積ルコトヲ得サル損害ナルモ金錢上ノ賠償ヲナサシムルコトヲ得ヘシトセリ損害賠償ノ一種トシテ説明スヘキ過意約款ナルモノアリ過意約款トハ契約ノ當事者カ豫メ賠償ノ關スル取極ヲ爲シタル契約ヲ謂フ裁判官ハ當事者カ過意約款ニ定メタル額ヲ超エテ損害ノ賠償ヲ爲サシムルコトヲ命スルヲ得ヘキヤノ問題アリ然レトモ私法上ノ行為ニ付テ裁判官カ當事者ノ合致セ

ル意思以外ハ斯ルコトヲ強ユルハ決シテ適當ノ處置ニ非サルヘシ

二、權利回復(復權) 復權トハ有權利者カ無權利者ノ爲メニ妨害セラレタル權利行使ノ回復ヲ謂フ例ヘハ所有者カ強盜ヨリ奪ハレタル財産ノ還附ヲ受クルカ如シ不當利得ニ對スル回復、法律行為

ノ取消權、詐害行為ノ廢罷訴權、原狀回復ノ如キハ皆之ニ屬ス

三、直接履行 直接履行トハ義務者ヲシテ損害賠償ノ如キ爾餘ノ方法ニ依ルコトナク直チニ義務ノ履行ヲ爲サシムルコトヲ謂フ直接履行ハ損害ノ賠償ヲ爲スモ救済ヲ受クルコト能ハサル性質ノモノニ對シテ爲スモノナリ例ヘハ某俳優カ技藝ヲ演スルノ約定ヲ爲シタルニ拘ハラス之ヲ履行セザリシ場合ノ如キ某書家カ揮毫ヲ爲スヘキ約束ヲ爲シタルニ拘ハラス之ヲ履行セザリシトキノ如キ金錢ヲ以テスルモ性質上償フコト能ハサルヲ以テ直接ノ履行ヲ爲サシムルモノナリ

四、行為ノ中止及ヒ廢止並ニ行為ノ中止トハ非權利行為ヲ繼續シテ行フコトヲ止ムルヲ謂ヒ

行爲ノ廢止トハ非權利行爲ヲ全ク廢止セシムルコトヲ謂フ半ハ築キタル烟突ノ工事ヲ中止セシムルカ如キ隣家ノ井泉ヨリ水ヲ引カントスル工事ヲ中止セシムルカ如キハ前者ニ屬シ既ニ築キタル烟突ヲ撤去セシムルカ如キハ後者ニ屬ス或行爲ヲ爲サシムルコトトハ新聞紙ニ謝罪ノ廣告ヲ爲サシムルカ如シ廣ク行爲ト稱スル内ニハ勿論不法行爲ヲモ包含ス例ヘハ或商賈ヲシテ或物品ヲ販賣セシメサルカ如ク或藝人ヲシテ或演藝ヲ爲サシメサルカ如シ

五、無効 無効トハ或行爲ニ法律上ノ效力ヲ發生セシメサルコトヲ謂ヒ即チ法律上該行爲ノ存在ヲ認めサルモノナリ法律ノ禁スル行爲ヲ約シタル場合ノ如キ然リ例ヘハ有婦ノ夫カ爲シタル婚姻ノ如ク強暴ヲ加ヘテ爲シタル金銭ノ貸借ノ如シ

六、取消 取消トハ或行爲カ取消權ヲ有スル者ニ依リテ取消サレタルトキハ取消サレタル以後ニ於テ效力ヲ失フヲ謂フ如何ナル人カ如何ナル行爲ニ對シテ取消權ヲ有スルヤハ法律ノ定ムル所ニ從フ取消サレタル行爲ハ取消サレタル以後ニ於テ無効ナルモノナルカ故ニ其行爲ノ成立シテヨリ取消サレタルマテノ間ニ於ケル行爲ハ勿論有效ナリ例ヘハ父母ノ承諾ヲ得シテ爲シタル婚姻カ父母ノ取消ニ因リテ無効ト爲ルカ如シ

## 第十一章 法律ノ變更及ヒ廢止

法律ノ變更トハ從來ノ法律ニ法律タルノ效力ヲ失ハシメ之ニ代ヘテ他ノ法律ヲ制定發布スルヲ謂ヒ之ニ反シテ法律ノ廢止トハ從來ノ法律ニ其效力ヲ失ハシメ之ニ代ルヘキ他ノ法律ヲ制定發布セサルモノヲ謂フ是ニ由リテ之ヲ觀レハ法律ノ變更モ亦狹義ニ於ケル法律ノ廢止ナリ

法律ニハ有效期限ヲ定メタルモノト之ヲ定メサルモノトアリ前者ハ其期間ノ經過ト共ニ當然消滅スルモノナリト雖モ後者ハ國家カ之ヲ廢止スヘキ特別ノ意思ヲ表示セサル限ハ永久ニ其效力ヲ有スルモノナリ前者ノ例ヲ舉クレハ向後五箇年間地租ヲ増スト云フカ如キ又向後三箇月間通行ヲ禁止スルト云フカ如キ是ナリ之ニ反シテ彼ノ憲法ノ如キ又民法ノ如キ其他一般ノ法律ハ概ネ期間ヲ定メサルモノナリ法律ハ國家カ之ヲ廢止スルノ意思ヲ表示シタルトキハ當然廢止セラルル(國家ノ意思ニ因ル廢止)モノナリト雖モ尙ホ其他國家カ之ヲ廢止スルノ意思ナキモ當然消滅スル場合アリ(國家ノ意思ニ因ラサル廢止)例ヘハ北海道ノミニ行ハルル法律ハ北海道カ地震ノ爲メ海中ニ陷落シタルトキニ其效力ヲ失フカ如キ是ナリ局外中立ニ關スル法律カ外國間ニ戰爭ヲ終結シタルトキニ當然其效力ヲ失フ如キ亦然リ法律廢止ノ方法ニ二種アリ一ハ明示ノ廢止ニシテ他ハ默示ノ廢止トハ國家カ明カニ法律ヲ廢止スルコトヲ公示スルヲ謂ヒ默示ノ廢止トハ前法ヲ廢止スルノ意思ヲ表示セサルモノ前ノ法律ト相容レサル法律ヲ發布シタル場合ナリ而シテ其兩立セサル部分カ前法ノ一部分ノミニ止マルトキハ前法ノ一部分ノ廢止ニシテ其兩立セサル部分カ前法ノ全部ニ亘ルトキハ前法全部ノ廢止ト爲ルモノナリ例ヘハ外國人ニ土地所有權ヲ與フルコトヲ禁止スル法律アリトシ而シテ後此法律ヲ廢止セスシテ外國人ニ土地所有權ヲ與フルコトヲ許ストノ新法ヲ發布シタル場合ノ如シ此原則ヲ名ケテ新法ハ舊法ニ優ルト謂フ

尙ホ法律ノ變更及ヒ廢止ニ關スル原則トシテ舉クヘキモノアリ後ノ法令ヲ以テ前ノ法令ヲ廢止又ハ變更セントスルトキハ必ス前法ノ制定ト同一以上ノ效力ヲ有スルモノヲ要スルコト是ナリ例ヘハ法律ヲ變更廢止スルニハ法律ヲ以テシ勅令ヲ變更廢止スルニハ勅令ヲ以テスルカ若クハ勅令以上ノ力ヲ有ス

ル所ノ法律ヲ以テセサルヘカラサルカ如シ

## 第十二章 法律ノ效力

法律ノ效力ヲ分テ三種トス第一法律ノ時ニ關スル效力第二法律ノ場所ニ關スル效力第三法律ノ人及ヒ物ニ關スル效力是ナリ

第一、法律ノ時ニ關スル效力トハ何時ヨリ效力ヲ生シ何時マテ效力ヲ有スルヤノ問題ナリ法律ノ效力ハ其始期及ヒ其法律ノ繼續スル時期ノ二種ニ分類スルコトヲ得而シテ前者ニ關スル問題ハ法律ノ裁可公布又ハ施行期限ニ關スル問題ニシテ前ニ述ヘタル所ナルヲ以テ更ニ之ヲ贅セス又後者ニ關スル事項ニ付テモ前ニ既ニ法律ノ廢止又ハ變更ニ關シテ述ヘタルヲ以テ茲ニ再說スルノ要ナシ唯一ノ攷究スヘキハ左ニ掲クル法律ノ適及力ニ關スル問題ナリ

法律ハ既往ニ適ル效力ヲ有セストハ羅馬法以來ノ原則ナリ然レトモ此原則ハ決シテ立法上ノ原則ニ非スシテ法律適用上ノ原則ナリ或時代ニ在リテハ此原則カ立法者ヲモ拘束スト解シタルコトアリ即チ國家ハ既往ニ適ル法律ヲ制定スルコトヲ得スト爲シタル時代アリ學說上ニ於テ之ヲ主張スル者ハ佛國ノ「コンスタン」如シ氏曰ク既往ニ適ル法律ハ法律ニ非ス何トナレハ既往ニ適ル法律ハ悉ク暴逆ノ大ナルモノナレハナリ云ト然レトモ既往ニ適ル法律ヲ制定シ却テ人民ノ負擔ヲ輕減シ又ハ犯罪ニ對スル刑罰ヲ輕減シ缺點アル法律ヲ補充スルカ如キコトアルヲ以テ既往ニ適ル法律ハ時シテ道德ニ反スルコトアルヘシト雖モ之ヲ以テ暴逆ナルカ故ニ法律ニ非スト云フハ不當ノ見解ナリ隨テ此ノ如キ法律ノ發布セラレタル場合ニ於テハ裁判官ハ斯ル法律ノ適用ヲ拒ムコトヲ得ス實例ニ付テ述ブレハ第十八世

紀ノ末ニ佛蘭西ニ於テ共和第二年四月二十日ヲ以テ私生子ニ嫡出子ト同等ノ權利ヲ與フヘシトノ法律ヲ發シ此法律ハ共和第一年四月十四日以後ニ生レタル總テノ私生子ニ適用スヘシト定メタリ此ノ如キ法律ハ法律ノ明文ニ既往ニ適ルコトヲ掲ケタルモノニシテ荷モ國家權力ノ適法ニ發動シタルモノナル以上ハ之ヲ無効ナル法律ナリト爲スコトヲ得ス故ニ裁判官ハ右ノ如キ法律ノ適用ヲ拒ムコトヲ得ス又行政官モ此ノ如キ法律ノ執行ヲ拒ムコト能ハサルナリ

尙ホ法律ノ明文ニ既往ニ適ルヘキコトヲ記載セサルモ之ヲ既往ニ適ラシメスハ其法律ノ效力ヲ奏スルコト能ハサルコトアリ又其法律ノ目的ヲ達スル能ハサルコトアリ例ヘハ奴隸ヲ廢止ストノ法律ハ將來ニ於テ奴隸ヲ作ルコトヲ禁スルト同時ニ過去ニ於ケル奴隸ヲ解放ストノ意味ヲ含ムモノナリ即チ當然既往ニ適リテ既往ノ奴隸ヲモ廢止スルモノナリ又或法律ヲ解釋セシムカ爲メニ他ノ法律ヲ制定スルコトアリ此ノ如キ解釋法律ハ既往ニ適リテ效力ヲ及ホサシムルニ非サレハ意味ヲ爲ササルヘシ

以上述フル所ノ理由ニ因リ例ヘハ獨逸民法ノ起草者ハ法律ノ中ニ法律ハ既往ニ適ル效力ヲ有セストノ原則ヲ設クル必要ナシト斷言シタリ

法律ハ適及力ヲ有セストハ法律適用ノ原則ニシテ立法ノ原則ニ非サルコト前ニ述ヘタル如クニシテ唯法文中ニ規定シタル事柄ヲ其公布以前ノ事實ニ適用セスト云フニ過キス詳言セハ裁判官又ハ行政官カ新法ノ發布アルニ拘ハラヌ舊法時代ノ行爲ニ付テハ舊法ニ依リテ之ヲ裁判シ舊法ニ據リテ之ヲ施行スヘシト云フニ過キサルナリ

新法時代ノ行爲ニハ新法ヲ適用シ舊法時代ノ行爲ニハ舊法ヲ適用スヘキコト勿論ナリト雖モ新舊二法時代ニ跨ル行爲ニ付テハ新法ヲ適用スルモ舊法ヲ適用スルモ多クノ不都合ヲ生スルモノナルカ故ニ立

法者ハ斯ル時ニ際シテハ特ニ經過法ヲ發シ又ハ法文中ニ經過の規定ヲ設クヘキモノナリ今刑法ニ付キ例ヲ舉クレハ舊法時代ニ罪ヲ犯シ新法時代ニ逮捕セラレタル者ニ孰レノ法律ヲ適用スヘキヤ舊法時代ニ發覺シタル犯罪カ新法時代ニ判決セラルトキハ新舊二法何レヲ適用スヘキヤ定ムルカ如キハ一ノ經過の規定ナリ又民法ニ付テ例ヲ舉ケンニ舊法ノ定ムル所ト新法ノ定ムル所トカ民法上ノ時效ニ付キ相異ナレルトキハ孰レノ法律ヲ適用スヘキカラ定ムルモノ即チ經過の規定ナリ法律ノ變更セララルニ方リ新ニ別箇ノ經過法ヲ發スルヨリハ新法中ニ經過の規定ヲ設タルモノ事實ニ於テハ多キニ居ル新舊兩法ノ時代ニ跨リタル行爲ニ付テハ總テ此種特別ノ法律又ハ特別ノ條文ニ從フモノナリ實例ニ付テ云ヘハ明治十三年刑法改正ノ場合ニ於ケルカ如ク又民法施行法ノ如シ

尙ホ時ニ關スル法律ノ效力ノ問題中重要ナルモノハ隔地者間ノ契約カ何時ヨリ成立スルヤノコト是ナリ此問題ニ付テハ申込者カ申込狀ヲ發シタル時ナリトノ說アリ又承諾者カ申込狀ヲ受取リタル時ナリトノ說アリ又承諾者カ申込狀ヲ知リタル時ナリトノ說アリ又承諾者カ承諾ヲ爲シタル時ナリトノ說アリ又申込者カ承諾者ノ承諾ヲ知リタル時ナリトノ說アリ又承諾者カ承諾ヲ爲シタル時ナリトノ說アリ我民法第五二六條第一項ニ於テハ以上述ヘタル諸說ヲ排シテ隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立スト規定セリ

獨逸ノ學者ニ「アッフェルター」ト謂フ人アリ法律ノ時ニ關スル效力ヲ研究スル法律ニ時際法(Interim Recht)ナル名稱ヲ付シタル然レトモ此文字ハ未タ一般ニ普及セス

以上ヲ以テ法律ノ時ニ關スル說明ヲ了リタリ以下第二、法律ノ人及ヒ物ニ關スル效力ト第三、法律ノ場所ニ關スル效力トヲ併説スヘシ

古代ニ於テハ法律ハ絕對ニ屬人ノニシテ自國ノ法律ハ外國ニ在ル外國人ニ及フモノニ非サルハ勿論内

國ニ在ル外國人ニモ及フモノニ非ストセリ之ヲ名ケテ法ノ屬人主義ト謂フ換言スレハ一國ノ法律ハ其國ノ人民ニ追隨スルモノニシテ自國人ハ外國ニ赴キタルノ故ヲ以テ外國ノ法律ニ服從スルモノニ非スト爲セリ例ヘハ古代ノ猶太、亞刺比亞、土耳其、羅馬ノ法律ノ如キ皆是ナリ然ルニ中世ニ至リ或ハ國法ヲ以テ或ハ條約ヲ以テ之カ例外ヲ認ムルコトアルニ至リタリ然レトモ未タ原則トシテハ外國人ハ内國ニ於テハ内國ノ法律ニ依リ無權利ナリト爲セリ今屬人主義ノ缺點タル一例ヲ舉ケンニ甲國人カ乙國ニ於テ乙國ノ秩序ヲ紊亂シタルニ拘ハラス乙國ノ法律ヲ以テ之ヲ罰スルコト能ハストセハ乙國タルモノ之カ爲メニ國權ヲ毀損セラルルコト少カラサルヘシ又甲國人乙國ニ於テ乙國人ニ債務ヲ負ヒテ之ヲ辨濟セサルモ乙國ノ法律ニ從ハストスレハ乙國ノ秩序ハ大ニ之カ爲メニ紊亂セラルヘシ是ニ於テ中古ニ至リテハ屬地主義ナルモノヲ生セリ此主義ハ一國ノ内ニ在ル者ハ其内國人タルト外國人タルト又内國人ノ物タルト外國人ノ物タルトヲ問ハス悉ク其土地ノ主權ニ服從シ人ノ現在地又ハ物ノ所在地ノ法律ノ下ニ立ツヘキモノナリト爲セリ例ヘハ外國人ト雖モ内國ニ來ルトキハ内國法ニ服從スヘク一旦去リテ外國ニ赴クトキハ内國ノ法律ニ從ハスシテ直チニ外國ノ法律ニ從フモノト爲セリ此ノ如ク屬地主義ノ行ハルニ至レルハ(一)封建制度ノ結果トシテ土地ト人民トノ關係カ頗ル密著ナルニ至リタルト(二)各國ノ人民カ遍歷スルヲ止メ一定ノ土地ニ固著シ之ト其ニ土地ノ重シスヘキコトヲ覺知シ一定ノ土地ヲ基トシテ命令者ト服從者トノ關係ヲ結付クルニ至リタルトニ由ルモノナリ屬地主義ノ結果トシテ或國家ノ權力ノ下ニ服從スヘキ者ハ左ノ三種ト爲レリ

### 第一 國內ニ於ケル總テノ自國民



## 第二 國內ニ於ケル總テノ外國人民

第三 外國ノ國家ニ屬スルト自國ノ國家ニ屬スルト將タ外國人ニ屬スルト內國人ニ屬スルトヲ問ハス苟モ國內ニ存スル總テノ物

前ニ述ヘタルカ如ク法ノ絕對的屬人主義ニ從フトキハ其人ノ所在地ノ秩序ヲ害シタル場合ニ於テモ所在地ノ國家ハ之ヲ處理スルコト能ハサルノ缺點ヲ有シ又絕對的屬地主義ニ依レハ國民タルノ特性ヲ沒了シ人ノ本國ノ風俗慣習等ヲ阻礙スルノ虞アリ例ヘハ甲國人カ本國ノ氣候風俗等ニ基キ既ニ婚姻ヲ爲スノ能力アルニ拘ハラズ乙國ニ赴キタルカ爲メニ乙國ノ法律ニ於テ結婚年齡ニ達セストノ理由ニ依リ婚姻ヲ許ササルトキハ事實上充分發達シ婚姻ヲ爲スコトヲ得ル者ニモ婚姻ヲ禁スルノ弊アルヲ免レサルヘシ是ニ於テカ近世ニ至リテハ屬地主義ヲ根基ト爲シ之ニ加味スルニ屬人主義ヲ以テセリ今日ノ法律ノ主義ハ屬地屬人混淆主義ニシテ其混淆ハ屬地主義ヲ根本ト爲シ屬人主義ヲ之ニ加ヘタル混淆主義ニシテ各國概ネ然ラサルナシ

今ヤ屬地屬人混淆主義ニ依リテ法律ノ支配ヲ受ケ或モノハ屬地ト爲リ或モノハ屬人ト爲ル其最モ重ナルモノヲ舉クレハ左ノ如シ即チ第一、治外法權第二、領事裁判權第三、能力第四、親族關係及ヒ親族上ノ權利義務第五、相続及ヒ遺言第六、國民タル特性ニ關スルコト第七、動產不動產第八、契約第九、刑罰法第十、行爲ノ方式第十一、出生ノ血統主義及ヒ出生地主義

第一、治外法權 治外法權トハ屬地主義ニ對スル例外ナリ治外法權ヲ受クル甲國人又ハ物ハ乙國ニ在ルモ乙國ノ法律ニ服從セサルモノナリ君主、大統領、公使、軍艦、軍隊ノ如キハ皆本國ヲ代表スルモノニシテ若シ此等ノモノニシテ滞在國ノ主權ニ服從スルトキハ充分ニ又安全ニ本國ヲ代表シテ行爲ヲ

爲スコト能ハサルヲ以テ屬地主義ノ例外ヲ認メラレタルナリ

第二、領事裁判權 領事裁判權トハ條約ノ結果トシテ又稀ニハ慣習トシテ甲國ノ人民カ乙國ニ在ルモ乙國ノ裁判權ニ服從セスシテ乙國ニ派遣セル所ノ領事ノ裁判權ノ下ニ服從スルヲ謂フ例ヘハ日本ニ於テ歐羅巴諸國カ安政五年ヨリ明治三十二年七月ニ至ルマテ此權利ヲ有シタルカ如ク又現今日本カ支那暹羅朝鮮ニ對シテ此權利ヲ有スルカ如シ是レ亦治外法權ト同シク屬地主義ノ例外ヲ爲スモノナリ

第三、甲國人カ乙國ニ在ルトキハ其甲國人ノ能力ハ本國法ニ從フヲ原則トス

能力トハ人カ權利ヲ享有シ又ハ之ヲ行使スル法律上ノ資格ヲ謂フ能力ハ本來本國ノ人情、地勢、氣候、風俗、慣習等ニ依リテ支配セラルルモノナルカ故ニ例ヘハ日本ノ法律ハ二十歳ニ達スル者ヲ以テ成年トスルカ故ニ二十五歳ヲ以テ成年トスル國ニ赴クモ二十歳以上二十五歳未満ノ日本人ハ成年ナリ未成年者ノミナラス妻、被後見人、禁治產者等皆然リ玆ニ所謂能力トハ行爲能力ヲ指スモノニシテ權利能力ヲ謂フモノニ非ス即チ權利能力ニ付テハ屬地主義ヲ採ルモノナリ例ヘハ或外國カ奴隸制度ヲ認メ本國ニ於テ奴隸ト爲レル者カ他國ニ赴クトキハ其他國ハ之ヲ奴隸ト看做スコトナキカ如キ即チ是ナリ我國ノ法例第三條ノ第一項ニ「人ノ能力ハ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム」トアルハ行爲能力ヲ指シタルモノナリ

第四、親族關係及ヒ親族上ノ權利義務ハ亦屬地主義ノ例外ヲ爲スモノニシテ本國法ニ從フモノナリ其二三ノ例ヲ舉クレハ左ノ如シ

(一) 婚姻 婚姻ノ事實上ノ要件ハ國籍ヲ同シウスル者ニ付テハ各、其本國法ニ從ヒテ之ヲ定メ國籍ヲ異ニスル者ニ付テハ各當事者ノ本國法ニ從ヒテ之ヲ定ム例ヘハ日本人ト日本人トカ伊太利ニ於テ

婚姻ヲ爲ストキハ伊太利ノ法律ニ從ハスシテ日本ノ法律ニ依ルモノナリ日本人タル男子ト佛蘭西人タル女子トカ伊太利ニ於テ婚姻ヲ爲ストキハ男子ハ日本ノ法律ニ從ヒ女子ハ佛蘭西ノ法律ニ從ヒテ婚姻ノ條件ヲ充タササルヘカラス又離婚ニ付テハ離婚ノ原因タル事實ノ發生シタル當時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依リテ之ヲ爲スモノナリ此ノ如クセサルトキハ夫カ離婚ニ關シテ自己ニ利益アル法律ヲ有スル國家ニ國籍ヲ轉スルノ虞アルヲ以テナリ但離婚ノ原因タル事實カ日本ノ法律ニ依ルモ離婚ノ原因タルトキニ非サレハ離婚ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ス(法例一三條一六條參照)婚姻ノ效力ニ付テハ夫ノ本國法ニ依ルヘキモノナリ(法例一四條參照)

(二) 親子 子ノ嫡出ナルヤ否ヤハ其出生ノ當時母ノ夫ノ屬シタル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム(法例一七條參照)養子ニ關シテハ同國籍者間ニ養子縁組アリタルトキハ本國法ニ從ヒ異國籍者間ニ養子縁組アリタルトキハ各當事者ノ本國法ニ從フ即チ養親ト爲ル要件ハ養親タラントスル者ノ本國法ニ從ヒ養子ト爲ルノ要件ハ養子ト爲ラントスル者ノ本國法ニ從フモノナリ(法例一九條參照)次ニ親子間ノ法律關係ニ付テハ父ノ本國法ニ依リ若シ父ナキ者ニ付テハ母ノ本國法ニ依ルヘキモノトス(法例二〇條參照)

(三) 扶養義務 同國籍者間ノ扶養義務ニ關シ外國ニ在リテ問題ヲ生スルトキハ其人ノ現在地法ニ依ラスシテ本國法ヲ適用スルヲ以テ正當トス次ニ異國籍者間ノ扶養義務ニ付テハ我商法例第二一條ニ據レハ扶養義務者ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ムトアレトモ我輩ハ扶養義務ノ有無ハ扶養ノ請求ヲ受ケタル者ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ムルノ可ナルヲ信ス

第九 相續、遺言 相續ハ被相續人ノ本國法ニ從ヒ遺言ハ遺言者ノ本國法ニ從フ是レ一國ノ相續、遺言

及ヒ遺贈ニ關スル法律ハ本國人ヲ目的トシテ規定シタルモノナレハナリ法例第二五條ニハ「相續ハ被相續人ノ本國法ニ依ル」トアリ第二六條第一項ニハ「遺言ノ成立及ヒ效力ハ其成立ノ當時ニ於ケル遺言者ノ本國法ニ依ル」トアリ而シテ此原則ハ獨リ我法例ノ採用スル所ナルノミナラス一般ニ各國ノ法律ニ於テ認ムル所ナリ

第六、國民タル特性ニ關スルコトモ亦屬地主義ヲ排斥スルモノナリ例ヘハ官吏ト爲ルノ權利ノ如キハ國民タル特別ノ資格ニ屬スルモノナルヲ以テ決シテ之ヲ自國ニ在ル外國人ニ許スヘキモノニ非ス又兵役ノ如キモ決シテ之ヲ外國人ニ負擔セシムヘキモノニ非ス之ニ反シテ私權ニ關スルコトハ內國人ニ對シテモ外國人ニ對シテモ均シク之ヲ許可スヘキモノナリ何トナレハ私權ハ人カ人トシテ生存スルニ缺クヘカサル權利ナレハナリ政治上ノ權利軍事上ノ權利ヲ外國人ニ與ヘサルコトニ關シ參照スヘキ我邦ノ法律ハ衆議院議員選舉法、府縣制、郡制、市町村制、徵兵令、陸軍將校分限令、海軍將校分限令等ノ如シ

法律屬地主義ノ原則ヲ適用スヘキモノハ左ノ如シ  
第七、動產不動産ハ其所在地法ニ從フヲ以テ原則トス此原則ハ我國ノ法例第一〇條ニ於テ規定スル所ナリ故ニ日本人カ伊太利ニ於テ土地ヲ所有スルトキハ其土地ノ物權ニ關スルコトハ日本ノ法律ニ從ハスシテ土地ノ所在地タル伊太利ノ法律ニ從フモノナリ動產ニ關スル物權ニ付テモ亦同シ尤モ此說ニハ種種ノ反對說アリ動產ハ所有者ノ本國法ニ從フヘク不動産ニ付テモ其所在地法ニ從フヘシトノ說ノ如キ其最モ重ナルモノナリ英吉利ノ判決例ノ如キハ從來ニ在リテハ此說ニ從ヒタルモノ頗ル多カリキ此說ノ根據トスル所次ノ如シ

(甲) 動産ノ所在地法ニ從フモノトセハ一ノ所有者カ數國ニ動産ヲ有スル場合ニ一其所在地法ニ從ハサルヘカラサルノ不便アリ  
(乙) 動産ハ性質上當ニ其所在地ヲ變更スルモノナリ然ルニ若シ所在地ヲ變更スル毎ニ遵據スヘキ法律ヲ異ニスルトセハ右ノ動産ニ關シテ日毎ニ法律ヲ異ニスルノ結果ヲ生シ一般人民ノ爲メ大ナル不便利ヲ來スヘシ  
以上ノ反對說ニ對シテ動産ト雖モ所在地法ニ依ルヘキモノナリトノ說ノ根據モ亦少カラズ若シ所有者ノ本國法ニ依ルヘキモノトセハ國籍ヲ異ニスル兩人カ財產ヲ共有スルトキハ其共有者ノ孰レノ本國法ニ依ルヘキヤ不明ナリト云フニ在リ

第八、契約ハ契約締結地ノ法律ニ從フヲ以テ原則トス例ヘハ日本人カ亞米利加ニ於テ英吉利人ト契約ヲ爲シタルトキハ日本ノ法律ニモ從フコトナク又英吉利ノ法律ニモ從フコトナクシテ契約締結地カ亞米利加ナルノ理由ヲ以テ亞米利加ノ法律ニ從フヘシト云フニ在リ尤モ契約ニ行爲地法ヲ適用スヘシト云フ屬地主義ノ原則ハ當事者ノ意思ニ分明ナル場合ニ於テノミ適用スヘキモノニシテ當事者カ行爲地以外ノ法律ニ從フヘキ旨ノ合意ヲ爲シタルトキハ當然其合意ニ從フヘキナリ(法例七條參照)契約ニ行爲地法ヲ適用スヘシトノ說ニ對シ種種ノ反對說アリ例ヘハ伊太利民法第一〇條ニ於テ當事者カ同國人ナルトキハ其本國法ニ從フヘシト定ムルカ其一ナリ此他契約ニハ履行ヲ重シスヘキモノナルカ故ニ履行地法ニ從フヘシトノ說アリ又契約ニハ債權者ヲ重シスヘキモノナルカ故ニ債權者ノ本國法ニ從フヘシトノ說アリ又之ト正反對ニ債務者ノ本國法ニ從フヘシトノ說アリ或ハ又訴訟地法ニ從フヘシトノ說ナキニ非ス然レトモ當事者ノ意思ヲ推測スルトキハ行爲地法ニ從フニ在ルコト一般ナリトノ理由

及ヒ行爲地法ハ契約ニ最モ多クノ關係ヲ有スルモノナリトノ理由ヲ以テ多少ノ缺點アルニ拘ハラヌ契約地法說即チ行爲地法說ハ一般ニ行ハルモノナリ

第九、刑罰法 總テノ人ハ其現在地ノ刑罰法ニ從フコトヲ免ル能ハス何トナレハ犯罪ヲ爲シタルトキハ犯罪地ノ安寧秩序ヲ害スルモノナレハナリ例ヘハ和蘭人カ日本ニ於テ竊盜ヲ爲シ其和蘭人ナルカ故ニ日本ノ刑法ニ從ハサルノ權利ヲ有スト主張スルコト能ハス故ニ曰ク刑法ハ屬地法ナリト此ノ如ク刑法ハ屬地法ナリト雖モ併セテ屬人的ノ性質ヲ有スルモノナリト謂フコトヲ妨ケス凡ソ一國ノ秩序ニ關スル事ニ付テハ純然タル屬地主義ヲ採ルモノナリ何トナレハ斯ル事柄ニ關シテ他國ノ法律ニ從ハシムルトキハ之カ爲メニ自國ノ生存ヲ危ウスルノ恐アレハナリ刑法カ屬地法ナルカ如キハ其適例ナリ尙ホ我法例第三〇條ニ「外國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其規定カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキハ之ヲ適用セズ」ト規定セルカ如キモ亦其一例ナリトス

第十、法律行爲ノ形式ニ付テハ總テ行爲地法ニ從フ此原則ヲ名ケテ「場所ハ行爲ヲ支配ス」ト謂フ此原則ハ總テノ行爲ヲシテ行爲地ノ法律ニ從ハシムヘシト謂フニ非スシテ唯行爲ノ方式ニ關シトミ行爲地ノ法律ニ從ハシムヘシト云フニ在リ而シテ各國ノ法律皆之ヲ採用セサルモノナシ蓋シ行爲ノ方式ヲ行爲地法ニ依ラストスルトキハ或行爲カ形式上ノ要素ヲ充タサルノ理由ヲ以テ成立スルコト能ハサルコトアルヘケレハナリ例ヘハ日本人カ佛蘭西ニ於テ婚姻ヲ爲スニ當リ日本ノ文字ヲ以テ佛蘭西ノ戸籍吏ニ届出ヲ爲スモ該戸籍吏ハ其何ノ意味タルヲ解セサルカ故ニ届出ノ方式ハ佛蘭西ノ法律ニ從ハシムルカ如シ此原則ハ強行的ノモノナリヤ將タ任意のモノナリヤノ疑問アリ若シ之ヲ強行的ノモノナリトスルトキハ本國法ニ從フコト能ハサルノ不便アルヲ以テ任意のモノナリト解釋スルノ穩當

ナルコトヲ信スルナリ（法例八條一三條參照）

第十一、出生ニ因リテ國籍ヲ與フル場合ニ血統主義ヲ採リ其父又ハ母ノ國籍ニ從ハシムヘシトスルモノアリ是レ即チ屬人主義ニシテ之ニ反シ出生地主義ヲ採リ父母ノ如何ヲ問ハス其出生地ノ國籍ヲ與フヘシトスルモノアリ是レ即チ屬地主義ナリ現今多數ノ國ニ於テハ血統主義ヲ採用シ血統ノ明カナラサル場合ニ限リ始メテ屬地主義ヲ採用シ出生地ノ國籍ヲ與フヘキモノトス我邦ノ國籍法ノ如キハ即チ出生ニ關シ血統主義ヲ本則トシ之ニ出生地主義ヲ加味シタル一種ノ折衷主義ヲ採用シタリ南米諸國ニ於テハ出生地主義ヲ採ルモノアリ若シ或國カ絶對ノ血統主義ヲ採用シ又或國カ絶對ノ出生地主義ヲ採用スルトキハ其結果トシテ一人ニシテ二箇以上ノ國籍ヲ有スル者ヲ生シ又一人ニシテ一箇ノ國籍ヲモ有セサル場合ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ此點ニ關シテハ各國同一ノ法制ヲ採ルヲ以テ最モ便宜トス我國ノ現行法ニ據リ出生ニ因テ日本人ト爲ル者ハ左ノ如シ

- 一、父カ日本人ナルトキハ其子ハ日本人ナリ
  - 二、父不明ナルカ又ハ無國籍人ナルモ母カ日本人ナルトキハ其子ハ日本人ナリ
  - 三、懷胎ノ時ハ父カ日本人ナリシトキハ此父カ入夫婚姻ノ離婚又ハ養子縁組ノ離縁ニ因リテ日本ノ國籍ヲ失ヒ子ノ出生シタルトキハ父カ外國ニ國籍ヲ有シタルモ其子ハ日本人ナリ
  - 四、父母共ニ知レサルモ日本ニ於テ生レタル子ハ日本人ナリ
  - 五、無國籍人ヨリ生レタルモ其生レタル地カ日本ノ版圖ナルトキハ其子ハ日本人ナリ
- 場所ニ關スル問題ニ付テハ法律ハ全國ニ行ハルヲ以テ原則ト爲スト雖モ時トシテ特定ノ場所ニ對シテノミ特別ノ法律ヲ行フコトアリ我國ニ於テ臺灣ノミニ關シ特別ノ法律ノ行ハルカ如キハ其顯著ナ

ル例ナリ殖民地ヲ有スル國家ノ法律ニハ此種ノモノ最モ多シ又ハニ關スル問題ニ付テモ均シク特別ノ人ニ付テ特別ノ事項ヲ規定スルモノアリ故ニ唯何等ノ特別規定ナキ場合ニ於テノミ法律ハ國家ノ總テノ場所ノ上ニ總テノ人ニ對シテ行ハルモノナリ

以上述べタル所ニ依リ人及ヒ場所ニ關スルコトハ説明シ了レリ以下法律ノ時ト場所トノ效力ニ併セ關聯スル事柄ニ付テ二三ノ問題アリ

第一 場所ヲ異ニスル者ノ間ニ契約ヲ結ビタルトキ即チ隔地者間ノ契約ハ何レノ時ニ成立スルモノナリヤ

第二 國ヲ異ニスル者ノ間即チ隔國者間ノ契約ハ何レノ國ノ法律ニ從ヒテ成立スルモノナリヤ

第三 刑法上ノ行爲ニ付キ其犯罪ノ原因ト結果トカ國ヲ異ニシテ生シタルトキハ其犯罪ハ何レノ國ノ法律ニ從ヒテ決スヘキモノナリヤ

即チ是ナリ左ニ順次之ヲ説明ヲ爲スヘシ

第一 隔地者間ノ契約ハ何レノ時ニ成立スヘキモノナリヤハ當事者雙方ノ意思ノ合致ニ依リテ定ムヘキモノナリ然レトモ若シ當事者ノ意思カ合致セサル場合又ハ不明ナル場合ニ於テハ如何ナル時ニ契約ヲ成立セシムヘキヤハ法律ヲ以テ豫メ規定シ置カサルヘカラサルモノナリ而シテ此事ニ關シテハ種種ノ學說アリト雖モ其最モ重ナルモノヲ舉クレハ左ノ如シ

第一說 申込人カ承諾者ヨリ承諾ノ通知ヲ受ケテ承諾アリタルコトヲ知リタル時ニ成立スドノ說 此說ハ當事者間ニ先ツ意思ノ合致アリテ其意思ノ合致カ申込人ニ知レサル間ニ契約ヲ成立セシムヘシト



スルトキハ承諾者ヲ拘束スルコト酷ニ失ストノ理由ニ基因シタルモノナリ然レトモ若シ此說ニ從ヒ承諾者ノ承諾カ申込人ニ通スルコトヲ要ストスレハ更ニ申込人カ承諾者ノ承諾ヲ與ヘタルコトヲ知りタルコトヲ承諾者カ知ラサルヘカラスト云フニ歸スヘク契約ノ成立ハ際涯ナク不能トナルヘシ苟モ契約ノ申込アリテ之ニ承諾アリタルトキハ當事者間ニ既ニ意思ノ合致アリタルモノナルカ故ニ此合致ヲ申込人ニ通知スルノ必要ナカルヘシ

第二說 申込者ニ對シテ承諾者カ承諾ヲ爲シタルトキハ之ト同時ニ契約ハ成立ストノ說、此說ノ根據ハ契約ハ當事者間ニ意思ノ合致アリヤ否ヤヲ見ルノ外ナシト云フニ存ス然レトモ此說ノ弊害亦決シテ尠シトナサス例ヘハ一旦承諾ノ書面ヲ認メ終リタルトキハ其書面カ申込人ニ達セサルニ先テ電報ヲ以テ之ヲ取消スモ尙ホ契約破毀ノ結果ヲ生スルノ虞アレハナリ承諾者カ毫モ申込人ノ利益ヲ害セサルニ拘ハラス承諾者ヲ拘束スルコト此ノ如ク甚シキハ何等ノ理由モナク又何等ノ實益モナキモノナリト稱セサルヘカラス

第三說 申込者ニ對シテ承諾者カ承諾ヲ爲シ而シテ承諾ノ通知ヲ發シタルトキニ契約ハ成立ストノ說  
我民法ハ第五二六條ニ於テ

隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立ス

申込者ノ意思表示又ハ取引上ノ慣習ニ依リ承諾ノ通知ヲ必要トセサル場合ニ於テハ契約ハ承諾ノ意思表示ト認ムヘキ事實アリタル時ニ成立ス

ト規定セリ是レ即チ第三說ノ主義ヲ採用シタルモノナリ然レトモ此說モ亦多クノ缺點ヲ免レス第一ノ疑問ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時トハ如何ナル時期ヲ指スヤ不明ナルコト是ナリ例ヘハ從僕ニ命シテ郵

ヲ默示ノ意思表示トシ(五)或ハ用ヒラレタル言語文字符號ノミヲ以テシテ明カナラサル意思表示ト爲シ(六)或ハ普通ニ默示ノ意思表示ト名クル場合ヲ以テ全然攝制ニ出ツルト爲シ默示ノ意思表示ナルモノヲ否認セントス此他ニ尙ホ二三ノ見解ナキニ非ス我輩ノ考フル所ニ依レハ此等ノ諸說ハ何レモ或ハ誤謬ヲ包含スルカ然ラサレハ獨斷定數タルニ止マリ一モ全然採用スヘキモノナシ蓋シ意思表示ヲ明示ト默示トニ區別スル理由ハ用語ノ默示カ如ク示スルト否トニシテ言語ヲ用フルノ有無ニ起因シタルコト明カナルヲ以テ後世ニ至リ其範圍ヲ擴張シテ漠然タルニ至リシコト當然ナレハナリ故ニ今日嚴格ナル法理ヨリ論スレハ寧ロ之ヲ意思表示ノ區別ヨリ除却スルヲ可トスレトモ講學上其意義ヲ一定スルノ實益アルコト否認スヘキニ非ス故ニ我輩ハ左ニ我國ノ民法學者ノ所說ヲ參照比較シテ一應其意義ヲ決定シ置クヘシ

我國ニ於ケル從來ノ解釋ハ(一)書面、口頭、容態等ヲ以テ特ニ其意思ヲ表示スルヲ明示ト爲シ或行爲ヲ以テ暗ニ其意思ヲ表示スルヲ默示ト爲スモノアリ(梅博士民法要義一卷一八一頁)(二)口頭、書面又ハ容態ヲ以テ明カニ其意思ヲ表示スルヲ明示ト曰ヒ事情(行爲又ハ沈黙)ヨリ意思ヲ表示アリト推測セラルヘキ場合ヲ默示ト曰フト説明スルモノアリ(岡松博士民法理由一卷一七六頁)(三)當事者カ或法律行爲ヲ爲ス意思ヲ表示スルノ目的ヲ以テ特ニ其意思ヲ表示スルヲ明示ト爲シ或法律行爲ヲ爲サントスル意思ヲ有スル當事者カ別ニ他ノ行爲ヲ爲スニ依リテ其法律行爲ヲ爲ス意思ノ存在スルコトヲ間接ニ推測シ得ラルルヲ默示ト爲スモノアリ(松波、仁井田、仁保三博士民法正解一卷五八八頁)(四)積極的又ハ消極的ノ行爲ニ依リ表示セントスル意思カ直接ニ表示セラレタルヲ明示ト爲シ直接ニ甲ノ意思ヲ表示スル目的ヲ有スル積極的又ハ消極的ノ行爲ヨリ推論セラルヘキ乙ノ意思表示ヲ默示ト爲スモノアリ(川

名學士民法總論三三五(三七頁)但川名學士ハ數多ノ學說中前掲ノ所說ヲ最モ正當ト信スルニモ拘ハラス尙ホ多少ノ疑ヲ存シ附言シテ曰ク明示ノ區別ハ意思表示ノ明瞭ノ程度ノ區別ナリト信スト云ヘリ之ヲ要スルニ何レモ「特ニ」「暗ニ」「明カニ」「直接ニ」「間接ニ」等ノ用語ヲ存シテ觀念ヲ漠然タラシムル嫌アレトモ「サヴィニー」氏ノ見解及ヒ普國法第一編第四章第五七條第五八條索通民法第九八條德民法第八三條、巴草案第一卷一二頁等ノ採用セル主義ト大同小異ナリ我輩ハ此等ノ諸說ト異ナリ意思表示ノ眞意ヲ知悉スルニ經驗ニ基キ論理ニ基キ推理ヲ爲スニ要スルト否トヲ以テ區別ノ標準ト爲シ口頭、書面、容態等ヲ以テ意思表示ヲ爲ス場合ハ推理ヲ要セスシテ其表示ノ意義ヲ確メ得ルヲ以テ之ヲ明示ト爲シ事務ノ委託ノ申込ニ對シ特ニ承諾ヲモ通知セサルモ其事務ヲ處理シ報告シテ委任ノ承諾ヲ爲シタルカ如キハ事務ノ處理及ヒ報告ヨリ承諾ヲ推理スル場合ナルヲ以テ之ヲ默示ト爲ス(此標準ト雖モ元ヨリ不完全ナリ唯法典ヲ解釋スルニ付テ多少ノ標準タレハ可ナリト知ルヘシ)此ノ如ク默示ノ意思表示ノ意義ヲ決定セハ次ニ當然生スヘキ問題ハ默示ノ意思表示中ニハ沈黙ノ場合ヲモ包含スルヤ否ヤ是ナリ從來ノ學者ハ或ハ之ヲ明示ニモ默示ニモ非サル意思表示ト爲シ或ハ之ヲ默示ノ意思表示示中ニ加フ我輩ノ考フル所ニ依レハ萬般ノ事情ヲ斟酌シテ何等ノ意思ノ存在ヲ結論スル能ハサル場合ニハ沈黙カ法律上ノ效力ヲ有セサルヘキコト勿論ナルカ故ニ法律上效力ヲ有スル沈黙ト謂ヘハ事情ニ依リ又ハ法律ノ規定ニ依リ特定ノ意思ノ存在ヲ結論シ若クハ推定シ得ラルル場合ニ限ル從テ此種ノ沈黙モ亦默示ノ意思表示ノ一タルコト前ニ默示ノ何タルヲ説明シタル所ニ依リテ明カナリトス蓋シ此沈黙ナルモノハ所謂身體ノ行動ナキ場合ニ外ナラサルヲ以テ見ルモ意思表示ナルモノハ身體ノ行動ナリト論スルノ不可ナルコト説明ヲ要セサルヘシ

以上ヲ以テ意思表示ノ意義ヲ説明セリ左ニ項ヲ分チテ意思表示ノ内容、形式、態樣、缺點及ヒ其效力ヲ發生スル時期等ヲ逐次説明スヘシ

### 第一項 意思表示ノ内容

意思表示ハ其内容トシテ種種ノ事項ヲ包含ス一般ノ學者カ法律行為ノ目的(Gegenstand, Objekt)若クハ法律行為ノ内容(Content)ト稱スルモノ即チ是ナリ(例ヘハ權利ヲ移轉セシムルコト又ハ物品ニ加工スルコト若クハ勞務ヲ供スルコト等ノ如シ)

意思表示カ法律上ノ效力ヲ生スルニ付テハ其内容ニ左ノ性質ヲ具備セシメサルヘカラス其ハ内容ノ確定スルコト其ハ内容ノ可能タルコト其ハ内容カ善良ノ風俗ニ反セサルコト其ハ内容カ公ノ秩序ニ反セサルコト其ハ内容カ強制ノ禁止法規ニ反セサルコト等はナリ

(甲) 内容ノ確定 意思表示ノ内容ヲ確定セスシテ例ヘハ或人ニ何物カラ贈與セントスルノ意思表示ノ如キハ其效力ヲ生セス然レトモ其確定ノ程度ノ法律行為ニ付キ同シカラサルヲ以テ茲ニ概論スルコトヲ得ス

(乙) 内容ノ可能 意思表示ノ内容タル事項カ不能ナルトキハ其意思表示ハ法律上ノ效力ヲ生セス而シテ不能ノ原因ハ千變萬化ニシテ之ヲ説明シ難シト雖モ種種ノ標準ニ從ヒ不能ヲ分類スルコト其實益ナキニ非ス

(一) 原始的不能及ヒ後發的不能 原始的不能トハ意思表示ヲ爲シタル當時ニ不能タル場合ヲ指シ後發的不能トハ意思表示ヲ爲シタル後ニ至リ不能ト爲リタル場合ヲ指ス例ヘハ意思表示ノ當時既ニ燒

失セル家屋ノ貸借ヲ約スルカ如キハ前者ニ屬シ貸借ノ契約當時家屋ハ存在シタルモ貸借期間中燒失セルカ如キハ後發の不能ナリ而シテ意思表示ノ效力ヲ發生スルニ付テハ原始の不能ノ問題ト爲リ後發の不能ノ如キハ問フヘキ所以ナシト雖モ一旦發生セル效力カ後發の不能ノ爲メニ影響ヲ受クル場合アルコト勿論ナリ

(二) 絶對の不能及ヒ相對の不能 絶對の不能ハ其不能ノ狀態カ人ノ事項、時、場所等ノ如何ヲ問ハス不能ナル場合ニシテ相對の不能トハ此何レカニ依リテ可能タル場合ナリ此區別ハ左ノ四ノ區別ト相關聯ス

(A) 主觀の不能及ヒ客觀の不能 此區別ハ不能カ或特定ノ人ニ存スルト一般ノ人ニ存スルトヲ標準トスルモノニシテ客觀の不能ハ當然意思表示ノ效力ヲ妨タルモノナリ之ニ反シテ主觀の不能ハ效力ニ影響ナキヲ以テ原則ト爲ス例ヘハ天ニ昇ルコトヲ約スルカ如キハ客觀の不能ニシテ意思表示ノ效力ヲ生セス然ルニ資產ナク信用ナキ者カ鉅萬ノ金額ヲ無償ニテ貸與又ハ消費セシムコトヲ約スルカ如キハ主觀の不能ニシテ意思表示ノ效力ニ妨ナシ但或特定人ノ勞務若クハ技術ニ著眼シテ之カ給付ヲ約シタル場合ニ其人カ疾病ノ爲メニ全然其給付ヲ爲スコト能ハサルカ如キハ人ニ著眼セル點ヨリ考ヘ主觀の不能タルモノ疑アレトモ其實客觀の不能ニ屬シ意思表示ノ效力ヲ生セサルナリ

(B) 全部の不能及ヒ一部の不能 全部の不能トハ意思表示ノ内容ノ全部カ不能ナル場合ニシテ一部の不能トハ其一部カ不能ナル場合ナリ而シテ前者ニ在リテハ他ノ區別ニ付テ述ハタル所ニ從ヒテ意思表示ノ效力ヲ決定スヘキモノニシテ特ニ說明ヲ要セス之ニ反シテ一部不能ニ付テハ可能ナル部分ニ付テ效力ヲ生スルヲ以テ原則ト爲ス例ヘハ人ヲ雇ヒテ小石川、牛込、四谷等ヘ使者トスルニ當リ四谷ハ或疫病ノ爲メ現ニ交通カ遮斷セラルル場合ニハ牛込及ヒ小石川ニ付テノミ雇傭契約ハ成立スルカ如シ

(C) 永久の不能及ヒ一時的不能 永久の不能トハ不能カ繼續シテ存在シ將來豫見シ得ラルル時期ニ於テモ可能ト爲ラサルヘキ場合ナリ之ニ反シテ將來可能タルヘキ不能ヲ一時的不能ト云フ而シテ前者ハ元ヨリ意思表示ノ效力ヲ妨タルト雖モ後者ハ場合ニ依リテ或ハ效力ヲ妨ケ或ハ效力ニ影響ナシ即チ其不能ナル間ニ意思表示ノ目的カ實現セラルヘキ場合ニハ效力ヲ生セス然ラサルトモ其效力ニ妨ナシ

(D) 一般の不能及ヒ場所の不能 一般の不能トハ地理上何レノ所ニ於テモ不能ナルヲ指シ場所の不能トハ一定ノ地域ヲ限リ不能ナル場合ナリ而シテ一般の不能カ意思表示ノ效力ヲ發生セシメサルコト説明ヲ要セス之ニ反シテ場所の不能ニ付テハ其意思表示ノ目的ノ性質如何ニ依リテ結論ヲ異ニスヘシ例ヘハ

酒類ノ販賣ヲ禁スル國ニテ酒ノ賣買ヲ爲スカ如キハ其意思表示ハ效力ヲ生セス之ニ反シテ汽車中其國ヲ經過スルニ當リテ酒ノ賣買ヲ爲スカ如キハ效力ヲ生セスヘシ

(三) 表意者ノ責ニ歸スル不能及ヒ表意者ノ責ニ歸セサル不能

表意者ノ自覺の不能及ヒ不自覺の不能

(四) 自然の不能及ヒ法律の不能 此區別モ亦重要ナル區別ニ非ス即チ不能ノ原因カ自然ノ現象(自然ノ原則ニ從フ現象)タル場合ヲ自然の不能ト稱シ不能カ國家ノ行動ニ基ク場合ハ法律の不能ト

例ハ存在セサル物ニ加工シ二箇ノ物ヲシテ同時ニ同所ヲ占メントスルカ如キハ自然の不能ナリ之ニ反シテ立法、裁判若クハ行政等國家ノ行動ニ基キテ加工ヲ禁止セラレタル物ニ加工セントスルカ如キ若クハ法律ニ規定セラレサル物權ヲ創設セントスルカ如キハ法律の不能ナリ法律の不能ニ付テハ次項以下ノ説明ヲ參考スヘシ

(丙) 内容カ善良ノ風俗ニ反セサルコト 善良ノ風俗トハ獨逸語ノ gute Sitten 佛語ノ bonne mœursニ該當ス例ハ猥褻背倫ノ行動ノ如キハ善良ノ風俗ニ反スルモノナリ抑、此用語ノ由來ヲ尋ヌルニ羅馬法主義ニ基キ佛蘭西民法第六條、第九〇條、第一二三條、第一一七二條先ツ之ヲ用ヒ佛法系諸國之ニ倣ヒ獨逸ニ於テハ巴草案及ヒ「ヘッセン」草案等之ヲ襲ヒ瑞西債務法第一七條モ亦之ヲ採用シ遂ニ獨逸民法草案ヲ經テ同國民法及ヒ我民法ニ傳來セリ

以上ノ法典ニ於テハ善良ノ風俗ト公ノ秩序 (öffentliche Ordnung, ordre public) トヲ列記スルヲ以テ常トシタリシニ獨逸民法第二章案ハ學者ノ意見ヲ採用シテ單ニ「善良ノ風俗」ナル語ノミヲ用ヒ獨逸民法亦此主義ニ從ヘリ蓋シ佛國ニ於テモ善良ノ風俗ト公ノ秩序トノ區別ニ付テハ久シク議論アリ獨逸ニ於テモ此議論盛ニシテ遂ニ公ノ秩序ニ反スル法律行為ハ或ハ法律ノ秩序ヲ禁止法規ニ反シ或ハ善良ノ風俗ニ反スルモノト認メラルヘシトノ理由ニ基キ公ノ秩序ニ反スル云云ノ用語ハ第二章案及ヒ民法中ヨリ除去セララルニ至レリ然ルニ我民法ハ之ヲ併記セルヲ以テ解釋上善良ノ風俗ト公ノ秩序トヲ對照シテ判然區別スルノ必要ヲ存ス兩者ノ範圍同一ナリトノ所說ハ採用スヘカラス

獨逸民法第一章案ノ理由書中ニハ善良ノ風俗ニ關スル問題ハ道德上ノ問題ニ外ナラスト論スルモ其意義ヲ詳論セス「モンテチグロ」民法第七八五條ハ善良ノ風俗ノ意義ヲ決定シテ「善意及ヒ正直ニシテ

之カ維持ハ必スシモ官府ヨリ強制スヘキモノニ限ラスト雖モ其違反ハ常ニ公憤ヲ招クモノナリト」規定セリト雖モ精確ト稱シ難シ又「ローラン」氏ハ國民一般ノ良心 (Conscience générale) ナルモノアリテ公德 (moeurs publiques) ラ生シ公德ニ反スル契約ハ善良ノ風俗ニ反スルヲ以テ無効ナリト曰ヘリ然レトモ一般ノ良心ナルモノハ道德上若クハ哲學上ノ前提トシテハ別論ナレトモ法律上意思表示ノ效力ヲ論スルニ當リテノ前提トシテ實益夥シ故ニ「ユツク」氏ハ別ニ説ヲ立テ「善良ノ風俗ハ幸福ヲ享有スルカ爲メノ慣習ニシテ法律ニ依リテ保護セラレ若クハ確定セララルモノヲ謂フ」ト説キ且場合ヲ例示ス例ヘハ富饒賭博等ノ如シ又自由平等友愛ノ大義等ニ類スル事項ノ如シト曰ヘリ我國ニ於テモ之ニ關シテ數多ノ見解アリテ或ハ(一)道德(國民普通ノ道德的感覚)ニ反スルヲ以テ善良ノ風俗ニ反スルコトト爲シ(川名學士民法總則三二七頁民法正解一卷五五三頁)或ハ(二)道德ニ反スルハ勿論正實ナル人ノ爲ササルカ如キモ亦善良ノ風俗ニ反スルヲ爲シ(岡松博士民法理由一六八頁)或ハ(三)道德ニ反シ爲メニ國家ノ生存ヲ維持スルニ必要ナル秩序ヲ亂シ其利益ヲ害スルヲ謂フ(民法正解五五五頁)ト論シ或ハ(四)直接ニ風俗ヲ壞リ間接ニ公ノ秩序ヲ害スルヲ説ク(梅博士民法要義一卷一七六頁民法正解一卷五五五、五五六頁)此ノ如ク善良ノ風俗ノ何タルヤニ付テハ學者ノ見解區區ナレトモ之ヲ大別スレバ道德説ト法律説ニシテ前者ハ大多數ノ學者カ採用シ後者ハ「ユツク」氏等カ之ヲ説クニ過キス予ノ考フル所ニ依レハ善良ノ風俗ハ道德ヨリハ其範圍更ニ廣ク當該社會ニ於テ一方ニハ時代ノ道德心ニ反セザルヲ限度トシ他方ニハ國民の意識ニ從ヒテ限定セラルル各人行動ノ範圍ナリト謂ハハ或ハ正當ナル見解ニ近カラシカ「コーレル」氏及「ガライス」氏等ハ「社會ノ觀想ニ基キ理想ナル語ヲ用ヒタレトモ理想 (Idéal) ヲ云ヌルハ高尚ニ過キ且觀念ヲ曖昧ニスル恐アルヲ以テ之ヲ避ケタルナリ」プ



ヲシテ氏獨逸民法註釋(一三八條)例ヘハ犯罪ヲ爲ササル契約ノ如キハ道德心ニ反スルコトナシト雖モ國民の意識ヲ以テ之ヲ擯斥シ吾人ノ行動タラシメス終身婚姻セサル契約ノ如キ終身離婚セサル契約ノ如キ接吻ノ爲ニ報酬ヲ拂フ契約ノ如キ皆之ニ屬ス賭博(刑法上ノ罪ト爲ラサル場合ト雖モ)ノ如キモ亦然リ獨逸民法ハ善良ノ風俗ニ反スル法律行為ハ無効ナリト規定シタルニ依リ佛國學者中「サレ」氏ノ如キハ所謂原因ニ付善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ有スル場合及ヒ緣由ニ付テノミ之ヲ存スル場合ヲモ包含スルカ如ク解シ裁判官ノ心證ノ範圍ノ巨大ナル所以ヲ批難シタルトモ獨逸ノ註釋者ハ皆緣由カ善良ノ風俗ニ反スル場合ヲ有效ト明言セルカ爲メ此批難ハ不當ナリ而シテ我民法ノ如キハ法律行為ノ目的云云ト規定セルヲ以テ此點ニ付テハ更ニ疑ヲ存セス唯注意スヘキハ目的ナル語ヲ緣由ト混同セサルコト是ナリ

(丁) 内容ハ公ノ秩序ニ反セサルコト 公ノ秩序トハ獨逸語ノ öffentliche Ordnung 佛語ノ ordre public 二語ニ該當ス抑、此語モ亦善良ノ風俗ナル語ト同シク佛民法ヨリ諸國民法ニ傳ハリ獨逸民法ノミ之ヲ採用セスト雖モ我民法ハ多數ノ民法ト同シク之ヲ採用セルヲ以テ其意義ヲ確定スル必要アリ獨逸民法第一草案理由書ハ善良ノ風俗ト公ノ秩序トノ關係ヲ論シ曰ク前者ハ道德上ノ問題ニ外ナラスト雖モ法律行為ノ内容ハ單ニ道德ニ反スルノミナラス國家一般ノ利益ニ反スル場合ナキニ非ス然レニ道德ニ反スルト國家一般ノ利益ニ反スルトハ必スシモ常ニ伴フモノニ非サルカ故ニ善良ノ風俗ナル語ト相並シテ公ノ秩序ナル語ヲ用フル必要アリ例ヘハ營業禁止ノ契約ノ如キハ前者ニ屬セスシテ後者ニ屬スト此說明ニ依リテ考フルニ國家一般ノ利益ノ問題ハ則チ公ノ秩序ノ問題ナリト看做シタルモノナルヘシ佛國ノ學者ハ風ニ之ト同様ノ見解ヲ有シ公ノ秩序トハ公ノ利益 Interet public ナリト曰ヒ又ハ一般ノ

利益 Interet general ナリト論スル者多シ又命令法若クハ禁止法ト抵觸セル場合及ヒ之ニ抵觸セスト雖モ公法及ヒ私法ノ一般原則ト抵觸セル場合ニハ公ノ秩序ニ反スト說明スル者モ之ナキニ非ス要スルニ公ノ利益ヲ標準トスル利益說ト法律命令禁止スルコトヲ標準トスル法律說ト對立シ大多數ハ前者ヲ採用スルモノト知ルヘシ我民法ヲ解スル者亦此範圍ヲ出テス或ハ(一)國家共同ノ利益ヨリ論シ岡松博士民法理由一卷一頁(六八頁)或ハ(二)之ニ加ヘテ國家ノ生存ヲ維持スルニ必要ナル秩序ヨリ論セリ(民法正解一卷五二頁)我輩ハ此等ノ見解ト大同小異ニシテ公ノ秩序トハ國民の共同生活ヲ維持發達セシムルニ付キ必要ナル狀態ナリト解シ此狀態ヲ破ル者ナカラシメン爲メ國家ハ命令法若クハ禁止法ヲ設クルヲ常トストモ之ヲ誤解シテ苟モ國家命令法若クハ禁止法ヲ設ケサル限ハ公ノ秩序ニ反スル場合ヲ存セスト爲スハ誤謬ナリ例ヘハ甲ニ對シ訴訟ヲ提起センコトヲ乙丙間ニ契約スルカ如キハ善良ノ風俗ニ反セサルノミナラス命令法若クハ禁止法ト規定ト抵觸スル所ナシ然レトモ若シ之ニ效力ヲ認メンカ濫訴ノ弊ヲ來スヘキヲ以テ公ノ秩序ニ反ストノ理由ニ依リテ之ヲ無効ト爲スヘキカ如シ

(戊) 内容ハ強行法ニ反セサルコト 公ノ秩序ニ反シ若クハ善良ノ風俗ニ反スル内容ヲ有スル意思表示示ハ法律ヲ以テ之ヲ禁止(verbieten)スヘキハ原則トス然レトモ之ヲ實質上ヨリ論スレハ禁止法(Gebots- und Verbot, Verbotende Rechts)ノ法規凡テ禁止スル事項カ從來公ノ秩序若クハ善良ノ風俗ニ反スシタリシカ爲メニ制定セラレタルモノノミニ限ラサルヘク又往往實質上ハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル事項ニシテ禁止法ノ目的ト爲ルモノモ之ナキニ非サルヘシ故ニ善良ノ風俗及ヒ公ノ秩序ハ實質上ヨリ立論セルモノニシテ禁止法ハ形式上ヨリ立論セルモノナリ此兩者相俟テ以テ意思表示ノ内容ヲ完備セシム要スルニ善良ノ風俗ニ反スル事項ハ公ノ秩序ニ反スルヲ常トシ善良ノ風俗及ヒ公ノ秩序ニ反

スル事項ハ禁止法ニ依リテ禁止セラルルヲ常トス即チ此三者ハ三種ノ異ナリタル標準ニ依リテ略、同一ノ事項ヲ觀察シタルモノト謂フモ甚シキ不當ニ非サルナリ  
禁止法ノ外ニ所謂強制法ニ屬スル法規ナキニ非ス即チ命令法(Edicts of Rents)是ナリ抑、法ハ總テ命令ノ性質ヲ有スト雖モ所謂任意法ニ在リテハ其規定ト異ナリタル意思表示ニ效力ヲ認メ此反對ノ意思表示ナキ場合ニノミ規定ノ表面的效力ヲ生ス裏面ニハ反對ノ意思表示ニ效力ヲ與フルノ意義ヲ存ス之ニ反シテ命令法ハ之ト異ナリタル意思表示ニ效力ヲ與ヘスシテ其規定ヲ強行スルモノニシテ禁止法ト異ナル所ハ積極的ニ命令スルニ在リ此種ノ規定ト相反スル内容ヲ有スル意思表示カ效力ヲ有スヘカラサルハ自明ノ理ニシテ説明ヲ要セサルヘシ蓋シ善良ノ風俗及ヒ公ノ秩序ニ反スル事項ヲ社會ヨリ除去スル爲メ消極的ニ禁止法ヲ以テセス積極的ニ命令法ヲ制定シテ同一ノ效果ヲ生セシムルコト必要ナル場合尠カラサレハナリ

或種ノ法令カ強行法ニ屬スルヤ任意法ニ屬スルヤハ之ヲ包括的ニ斷定スルコト難シ何トナレハ公法ハ強行法タルヲ常トシ私法ハ任意法タルヲ常トスレトモ訴訟法ノ如キ公法中ニモ任意法規アリ民法商法ノ如キ私法中ニモ強行法規アレハナリ故ニ何レノ法令中ノ規定ト雖モ其強行法タルト任意法タルトヲ判別スルルニハ箇箇ノ法文ニ付テ之ヲ探究セサルヘカラス但民法商法中ニハ法文ヲ以テ任意法タルコトヲ示ス場合尠カラス例ヘハ「別段ノ定」別段ノ意思表示「反對ノ意思表示」等ノ效力ヲ認ムルコト是ナリ然ラハ此ノ如キ用語ヲ存セサル場合ハ如何當井博士ハ「公ノ秩序ニ關スル規定」ヲ以テ強行法ト爲シ「當事者ノ意思解釋ニ基ク規定」ヲ以テ任意法ト爲シ此標準ヲ以テ各箇ノ規定ヲ判斷スヘキモノト爲セリ(民法原論五一頁)予ハ何故ニ博士カ此ノ如ク二箇ノ標準ヲ用ヒタルヤヲ知ルニ苦シム寧ロ公ノ秩

ニ關スルモノト然ラサルモノトヲ標準トセハ簡單ニシテ且第九一條ノ規定ト符合スルコト爲ルヘシ唯何レカ公ノ秩序ニ關スル規定ナルヤ否ヤヲ判別スルハ實際上困難ナルハ避クルコト能ハサルヘシ強行法ニ反スル内容ヲ有スル意思表示ハ強行法ニ反スル意思表示ノ一タリ例ヘハ或行為ヲ爲スニ付キ行為能力ヲ缺ク者カ其行為ヲ爲ストキハ強行法ニ反スル意思表示ナレトモ其意思表示ノ内容カ強行法ニ反スルヤ否ヤハ是レ別論タリ而シテ強行法ニ反スル内容ヲ有スル意思表示ノ無効ナル場合ハ即チ所謂法律上ノ不能ニシテ意思表示ノ效力ナキハ勿論ナレトモ内容以外ノ點ニ付キ強行法ニ反スル意思表示ノ效力ハ如何予ハ法文中此意思表示ノ效力ニ付キ特ニ規定スル所ナキ限ハ當然無効ト解セント欲ス強行法ノ規定ニ反スル意思表示ノ無効ナルコトハ第九一條ノ裏面解釋ヨリ來ル論結ニシテ任意法ノ規定ト異ナリタル意思表示ノ有效ナルコトハ同條ノ表面解釋ヨリ來ル論結ナリ然ルニ同條ニ付テハ何故善良ノ風俗ニ反スル規定ヲ顯ミサリシヤハ疑問ナリ此點ニ付テハ梅博士ハ公ノ秩序ニ反スルコトヲ以テ善良ノ風俗ニ反スルコトヲ包含スルモノト爲シ第九〇條ニ於テ二語ヲ併セ用フルヲ批難シ民法正解ハ第九一條ノ所謂「公ノ秩序」ナル語ハ「善良ノ風俗」ナル語モ包含スルモノト解セリ予ハ此等ノ見解ト異ナリ公ノ秩序ニ反セシテ善良ノ風俗ニ關スル規定ハ當事者ノ意思表示ノ内容カ善良ノ風俗ニノ關係セサル限ハ其意思表示ヲ以テ反對ノ定ヲ爲スコトヲ得ルモノト解セント欲ス然レトモ實際問題トシテハ前述ノ如ク善良ノ風俗及ヒ公ノ秩序ニ反スル事項ニ付テハ法律ハ常ニ強制法ヲ以テ之ヲ鎮壓スルモノニシテ此三者ノ關係スル場合ハ實例ヲ舉クルニ苦ム所ナリ

強行法ニ反スル慣習ハ存在スヘカラスト雖モ任意法ト異ナル慣習ハ存續シ又新ニ發生スルコトアルヘシ此慣習ニ從ヒテ明示ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニハ其慣習ハ意思表示ニ依リテ埋没セラレ慣習トシ

ヲノ問題ヲ生セス然ルニ默示ヲ以テ此慣習ニ從フノ意思表示ヲ爲シタルトキハ意思表示ノ内容ヲ默示シタルニ非シテ慣習ヲ藉リテ默示シタルモノニ外ナラス故ニ法文上其慣習ニ從ヒテ意思表示ノ效力ヲ生スル旨ヲ規定セザレハ意思表示ノ内容ノ不確定トシテ其意思表示ハ無効ナリト解セラルル場合ナキニ非サルヘシ故ニ第九條ノ規定ヲ設ケタル所以ナリト解セラルル然ルニ本條ヲ設ケタルニ至リタル沿革ヲ觀ルニ不可思議ノ事由其間ニ伏在ス即チ民法修正案ノ起草及ヒ討議ニ際シ慣習及ヒ慣習法ヲ重視スル學派ト之ヲ輕視スル學派トノ間ニ爭議アリテ其極慣習法ニハ富井博士ノ所謂優先ノ效力ヲ認メサルヲ以テ原則ト爲シ法令ニ優先ノ效力ヲ認ムル場合ヲ除ク外ハ補充ノ效力ヲ有セシムルニ過キサズコトト爲レリ(法例二條、富井博士民法原論七二頁)而シテ公ノ秩序ニ關セザル法令ト異ナル慣習ノ存立ヲ否認セントスル者ハ無カリシカ此ノ如キ慣習ニ從ヒテ法律行為ノ效力ヲ決定スヘキヤ否ヤニ付テハ見解一致セス一方ニハ若シ法文ヲ設ケザルニ於テハ當事者ニ於テ之ニ依ルノ意思表示ヲ爲サザルヘカラスト論シ他方ニハ反對ノ意思表示ナキ限ハ慣習ニ依ルモノト爲サザルヘカラスト說キ結局本條ヲ設ケテ兩者ヲ折衷シ法律行為ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムルトキハ其慣習ニ從フト規定セリ此ノ如クニシテ設ケラレタル法文ナルヲ以テ其意義ハ極メテ曖昧ニシテ(當事者ナル語ハ單獨行為ニ付テハ表意者契約ニ於テハ申込者及ヒ承諾者)富井博士ハ之ヲ解シテ本條ハ表示セラレサル意思ニ效力ヲ認メタルモノニシテ民法ノ主義ニ依ルモノナリト論スルニモ拘ハラズ(民法原論七六頁)本條ノ適用ハ多クハ默示ノ意思表示アリト認ムヘキ場合ナリト說ケリ慣習ノ效力ニ關シテ富井博士ト正反對ニ立タル梅博士モ亦本條ノ規定ニ反對ナレトモ解釋上此規定ヲ自家ノ所說ト一致セシメント欲シ曰ク慣習ニシテ明確ナルトキハ當事者ハ之ニ付テ何等ノ意思ヲ明示セザルモ尙ホ此慣習ニ依ルノ意

ル結果ヲ生スルニ至ルヘシ即チ先ツ第一ニ起ルヘキ問題ハ第三者カ自己ノ利益ニ於テ物權ノ得喪變更ヲ主張シタル場合ニ當事者ハ尙ホ第三者ニ對シテ之ヲ對抗スルコトヲ得サルカ又第三者カ或關係ニ於テ一旦物權ノ得喪變更ヲ主張シタル以上ハ最早總テノ關係ニ於テ之ヲ否認スルノ權利ヲ失フヤ否ヤニ在リ此問題ニ付テハ第三者カ一旦物權ノ得喪變更ヲ認メタル以上ハ第三者トノ關係ニ於テハ物權ノ得喪變更ハ絕對ニ其效力ヲ生スルモノトスルハ頗ル公平ニシテ實際上甚シキ困難ヲ生セザルモ此ノ如ク物權ノ得喪變更ノ效力ヲ第三者ノ認否ニ繫ラシムルニ於テハ或者ハ之ヲ是認シ或者ハ之ヲ否認スルハ必然ニシテ物權ノ效力ハ愈々相對的ト爲リ其本質ハ益々毀ケラルル結果ヲ生スヘシ若シ又第三者ハ常ニ物權ノ得喪變更ヲ主張スルコトヲ得レトモ第三者ニ對シテハ絕對ニ之ヲ對抗スルコトヲ得ザルモノトスルトキハ極メテ不公平ナルノ結果ヲ生スルノミナラス同一ノ權利關係ニ付キ一面ニ於テハ效力ヲ生シタルモノトシ他ノ一面ニ於テハ效力ヲ生セザルモノト爲スノ不條理ニ陷ラサルヘカラス故ニ何レノ點ヨリ觀察スルモ物權ノ得喪變更ハ當事者カ第三者ニ對シテ之ヲ主張スルト第三者カ當事者ニ對シテ之ヲ主張スルトニ從ヒ其效力ヲ異ニスルモノト爲スハ斷シテ不可ナリト然レトモ是レ自ラ立法論ニ屬シ解釋論トシテハ第一七七條ノ文理極メテ明確ニシテ疑ヲ挾ムノ餘地ナキヲ以テ前示ノ如ク斷定スルノ外ナシトス

二。不動產ニ關スル物權ノ得喪變更カ第三者ノ權利ト牴觸スルトキハ其優劣ハ登記ノ前後ニ依リテ定マル 例ヘハ甲、乙ニ其地所ヲ賣渡シ更ニ同一地所ヲ丙ニ賣渡シタル場合ニ乙、丙ニ先チ其所有權移轉ノ登記ヲ爲シタルトキハ乙ハ完全ニ地所ノ所有權ヲ取得シ丙ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ轉ノ登記ヲ爲シタルトキハ乙ハ完全ニ地所ノ所有權ヲ取得シ丙ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ之ニ反シテ丙、乙ニ先チ所有權移轉ノ登記ヲ爲シタルトキハ其地所ノ所有權ハ丙ニ歸シ丙ハ乙ニ對

シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得此場合ニ於テハ乙ノ權利ハ絶對的ニ兩立スヘカラザルヲ以テ一方  
カ其權利ヲ登記シタルトキハ他ノ一方ハ最早其權利ヲ登記スルコトヲ得サルハ勿論ナリトス若シ甲  
カ其地所ヲ乙ニ抵當ト爲シタル後丙ニ其地所ヲ賣渡シタルトキハ乙先ツ其抵當權ヲ登記  
シ其後ニ至リ丙其所有權ヲ登記スルコトヲ得ルモ乙ノ抵當權ハ之ヲ丙ニ對抗スルコトヲ得ヘク丙ハ  
抵當權ヲ負擔シタル所有權ヲ取得スルコト爲ルヘシ

三 第三者ノ善意ナリヤ否ヤハ登記ノ欠缺ヲ主張シ得ヘキ 第三者ノ權利ニ影響セス 例ヘハ甲、乙ニ其  
地所ヲ賣渡シタル後丙者甲乙間ノ賣買ヲ熟知シ其地所ヲ甲ヨリ買受ケ登記ヲ爲シタルトキニ丙ハ  
善意ノ第三者ニ非サルコト明カナリ然レトモ乙カ其所有權移轉ノ登記ヲ怠リタルトキハ丙ハ乙ニ對  
シテ登記ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得ヘシ此點ニ關シテ民法ハ舊民法及ヒ我國從來ノ慣例ト異ナリタ  
ル主義ヲ採用シ第一七七條ニ於テ單ニ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト規定シ善意惡意ノ區別ヲ爲サ  
ザリシモノナリ而シテ民法ニ於テ此區別ヲ設ケザリシ所以ハ主トシテ實際上ノ必要ニ出テタルモノ  
ナリ蓋シ法律ハ善意ノ第三者ヲ保護シ惡意ノ第三者ヲ保護セザルヲ通則トスルモ常ニ此通則ニ從フ  
トキハ不動産ニ關シテ權利ノ抵觸アル場合ニハ常ニ第三者ノ善意ナリシヤ惡意ナリシヤノ點ニ付キ  
爭ハ生スヘク之カ爲メ實際上ニ於テ頗ル混雜ヲ來スヘキヲ以テナリ然レトモ他ノ一方ヨリ觀察スル  
トキハ既ニ他人間ニ權利ノ得喪變更アリタルコトヲ知リナカラ其未タ登記セラレザルヲ奇貨トシ他  
人ヲ害シテ利益ヲ得ントスル者ヲシテ其欲望ヲ遂ケルコトヲ得セシムルハ登記法ヲ設ケル所以ノ目  
的ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス抑モ登記ハ現行制度ニ在リテハ物權ノ得喪變更ノ要件ニ非スシ  
テ第三者ヲシテ權利ノ得喪變更アリタルコトヲ知ラシメ其利益ヲ保護スルヲ以テ主タル目的トスル

モノナリ果シテ然ラハ第三者ニシテ既ニ其實ヲ知ルニ於テハ登記ハ毫モ必要ナキモノト謂ハサル  
ヘカラス故ニ我民法カ公示主義ヲ採用シタルニ拘ハラズ第三者ノ善意ト惡意トヲ區別セザリシハ果  
シテ正鵠ヲ得タルモノナリヤ否ヤ疑ナキ能ハス

四 詐欺脅迫ニ因リテ登記ノ申請ヲ妨ケタル第三者ノ登記ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得ス(登四條) 何  
人ト雖モ其不法行為ヨリ生スル利益ヲ享受スルコトヲ得サルハ法學上ノ原則ナリ故ニ詐欺又ハ脅迫  
ヲ以テ登記ヲ妨ケタル第三者ハ其詐欺又ハ脅迫ノ結果トシテ生シタル登記ノ欠缺ヲ自己ノ利益ニ於  
テ主張スルコトヲ得サルハ勿論ナリトス例ヘハ甲、乙ニ地所ヲ讓渡シタル後更ニ其地所ヲ丙ニ讓渡  
シタルト假定センニ乙カ其所有權ヲ登記セントスルニ臨ミ丙ハ乙ヲ脅迫シ又ハ乙ヲ欺キ登記ヲ爲ス  
コト能ハサルニ至ラシメタルトキハ丙ハ其權利ヲ登記シタルト否トニ拘ハラズ乙ニ對シ登記ノ欠缺  
ヲ主張スルコトヲ得ス

五 他人ノ爲メニ登記ヲ申請スル義務アル者ハ其登記ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得ス但し其登記ノ原因カ  
自己ノ登記ノ原因ニ後ニ生シタルトキハ此限ニ在ラス(登五條) 前例ニ於テ丙ハ乙ノ後見人ナリシ  
トキハ丙ハ乙ノ爲メニ登記ヲ申請スルノ義務アルヲ以テ先ツ乙ノ爲メ登記手續ヲ爲サルヘカラス  
然ルニ此手續ヲ等閑ニ付シ後ニ發生シタル自己ノ權利ヲ登記スルハ其義務ニ違背スルモノナレハ丙  
ハ乙ノ所有權登記ノ欠缺ヲ理由トシテ自己ノ權利ヲ主張スルコトヲ得ス之ニ反シテ乙カ丙ノ後見人  
タリシ場合ニ於テハ乙ノ權利ハ丙ノ權利ニ先チテ發生シタルモノナレハ乙カ前ニ發生シタル自己ノ  
權利ニ付キ先ツ登記ヲ爲スハ至當ノ順序ナルヲ以テ乙ハ丙ニ對シテ完全ニ其權利ヲ主張スルコトヲ  
得ヘシ此部類ニ屬スル人ハ無能力者及ヒ法人ノ法定代理人、委任ニ基ク代理人、財産管理人等ナリ而



シテ其善意ナリシヤ惡意ナリシヤハ之ヲ問フノ必要ナシ登記法第五條ハ此點ニ付キ何等ノ區別ヲ爲サス

六 物權ノ得喪變更カ無効ノ原因ニ基キタル登記ニ因リ其効ヲ生セス。現行法ニ依レハ登記ハ物權ノ得喪變更ノ原因ニ非シ他ニ物權ノ得喪變更ヲ生セシムル所以ノ合法ノ原因アルコトヲ必要トス故ニ合法ノ原因ナキ登記ハ物權ノ得喪變更ヲ生スルノ効ナキモノトス例ヘハ甲、一ノ家屋ヲ所有スル場合ニ丙甲ノ賣渡證書ヲ偽造シ之ヲ丁ニ賣渡シ丁、其所有權ヲ登記シタリト假定センニ丁ハ其權利ヲ登記シタルヲ理由トシテ甲ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ヌ何トナレハ丁ハ真正ニ其所有權ヲ讓受ケタルモノニ非スシテ甲ト丁トノ間ニ所有權移轉ノ事實ナク登記ハ無効ノ原因ニ基キモノナレハ何等ノ效力ヲ生セサルヲ以テナリ但當事者カ通謀シテ登記原因ヲ假裝シタルトキハ第三者ニ對シテ其無効ヲ主張スルコトヲ得サルヘキハ民法總則第九四條但書ノ規定ニ徴シテ明カナリ得ヘカサルモノナルトキハ第三者ノ權利ハ取消ノ爲メ影響ヲ受クルコトナシ例ヘハ甲、一ノ家屋ヲ所有スル場合ニ乙、甲ヲ欺キ其家屋ヲ買取り之ヲ登記シタリト假定センニ甲ハ乙ニ對シ賣買ノ取消ヲ爲スノ權アルハ勿論ナリトス而シテ乙ハ賣買ノ取消サレサル間ハ所有者トシテ其權利ヲ主張シ得ヘキモ一旦賣買カ取消ト爲リタル以上ハ乙ノ登記ハ合法ノ原因ナキニ至ルヲ以テ乙ハ最早何人ニ對シテモ其權利ヲ主張スルコトヲ得ス然レトモ乙其家屋ヲ情ヲ知ラサル丙ニ賣渡シ丙其所有權移轉ノ登記ヲ爲シタルトキハ甲乙間ノ賣買ノ取消ハ情ヲ知ラサル丙ニ影響ヲ及ボスコトナシ何トナレハ詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ハ善意ノ第三者ニ對抗スルコト能ハサルヲ以テナリ故ニ丙ハ甲ニ對シ完全ニ

其所有權ヲ主張スルコトヲ得ヘシ

#### 第四項 不動産ノ登記

公衆ヲシテ不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ヲ知悉セシメ因リテ以テ不動産ニ關スル取引ヲ安全ニ且迅速ナラシムルカ爲メ登記制度ヲ設クルノ必要ハ方今一般ニ認メラル所ニシテ歐米文明諸國ニ於テ此制度ヲ採用セサルモノナシ唯登記制度ニ關シ各國ニ於テ採用スル所ノ主義ニ至リテハ區區ニシテ一定セス今此點ニ關シ從來行ハレタル三重要ナル主義ヲ舉ケレハ左ノ如シ

第一 要件主義 此主義ハ登記ヲ以テ物權ノ得喪變更ノ要件ト爲シ物權ノ得喪變更ハ登記ヲ經ルニ非サレハ絕對的ニ其効ヲ生セサルモノトスル例ヘハ獨逸民法ノ如シ此主義ハ之ヲ二箇ニ區別スルコトヲ得其一ハ物權ノ得喪變更カ其効ヲ生スルニハ原因タル法律行為ト登記手續トノ必要トスルモノニシテ他ノ一ハ原因タル法律行為ノ有無ニ拘ハラス物權ノ得喪變更ハ單ニ登記ノミニ因リテ其効ヲ生スルモノト爲スモノナリ

ノ一人ニシテ而モ不正ノ行為ヲ爲シタル者ニ及ホシ他ノ當事者ノ權利ヲ全ク犧牲ニ供スルカ如キハ不當ノ甚シキモノト云ハサルヘカラス故ニ此主義ハ物權ノ統一ニ因リ多少益スル所アルモ此利益ハ他ノ方面ニ於ケル損失ヲ償フニ足ラサルヲ以テ登記ノ制度トシテ採用スヘカラサルナリ

第二 公示主義 此主義ハ登記ヲ以テ物權ノ得喪變更ノ要件トセスシテハ公示方法ト爲シ唯第三者ノ物權ノ得喪變更ヲ對抗スルカ爲メニ必要ナル條件ト爲スモノナリ伊、佛民法及ヒ我民法ハ此主義ヲ採用ス此主義モ亦二箇ニ區別スルコトヲ得即チ其一ハ第三者ノ善意、惡意ヲ區別シ登記ハ善意ノ第三者ニ對シ必要ナルモ惡意ノ第三者ニ對シテハ其必要ナシトスルモノニシテ他ノ一ハ第三者ノ善意、惡意ヲ問ハサルモノナリ而シテ我民法ハ第一ノ主義ヲ採用スルコトハ既ニ説明シタル所ナリ

登記ノ效力ニ關シテモ亦國ニ依リ其主義ヲ異ニス即チ左ノ如シ  
第一 絕對の公示主義 此主義ハ善意ノ第三者トノ關係ニ於テハ登記ヲ以テ絕對の眞實ノ事實ヲ表示スルモノト看做スモノナリ故ニ荷モ登記面ノ事實ヲ信シテ取引ヲ爲シタル第三者ハ登記面ノ權利カ實體の權利ト符合スルト否トニ拘ラス其權利ヲ取得シ完全ニ保護セラルルモノナリ獨逸民法ハ此主義ヲ採用ス例ヘハ乙、甲ノ證書ヲ偽造シ甲ノ家屋ヲ買取りタルモノノ如ク裝ヒ之ヲ登記シタル後其家屋ヲ丙ニ賣渡シタルト假定センニ丙、乙ノ不法行為ヲ知ラス登記ヲ信シテ乙ト取引ヲ爲シ所有權移轉ノ登記ヲ爲シタルトキハ縱令甲ト乙トノ間ニ所有權移轉ノ事實ナク從テ乙ハ家屋ヲ丙ニ賣渡スノ權利ナキニモセヨ丙ハ完全ニ家屋ノ所有權ヲ取得スルモノトス此主義ハ眞正ノ所有者ト善意ノ第三者トノ利益ヲ比較シ第三者ノ利益ヲ保護スルヲ以テ公益ニ利アリト認メ不動産ニ關スル取引ヲ安全ニ且迅速ナラシムルヲ以テ目的トスルモノニシテ占有ノ效力ヨリ生スル動產上ノ權利ノ即時取得

ノ場合ト同一趣旨ニ基クモノナリ

第二 關係の公示主義 此主義ハ登記カ、第三者ニ對スル公示方法タルニハ其登記カ合法ノ原因ニ基クコトヲ必要トシ登記カ合法ノ原因ナキニ於テハ縱令第三者カ其登記ヲ信シテ取引ヲ爲スモ第三者ハ之カ爲メ何等ノ權利ヲモ取得スルコトヲ得ストスルモノナリ伊、佛民法及ヒ我民法ハ此主義ヲ採用ス此主義ニ關シテハ前既ニ説明セシ如ク登記原因ノ無効又ハ取消カ善意ノ第三者ニ對抗シ得ヘキモ否ヤニ因リテ區別セサルヘカラス即チ原因ノ無効ナルトキ又取消カ善意ノ第三者ニ對抗シ得ヘキモノナルトキハ此主義ハ制限ナク適用セラルルモノニシテ原因ノ取消カ善意ノ第三者ニ對抗シ得ヘカサルトキハ登記ヲ信シテ取引シタル善意ノ第三者ハ保護ヲ受クヘキモノトス

### 第三款 動產ニ關スル物權ノ讓渡ノ第三者ニ對スル效力

物權ハ動產ニ關スルト不動産ニ關スルトニ論ナク當事者ノ意思表示ノミヲ以テ之ヲ設定シ之ヲ移轉スルヲ得ルコト、不動産ニ關シテハ物權ノ得喪變更ハ登記ヲ經ルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ既ニ詳論シタル所ナリ而シテ動產ニ關シテハ物權ノ讓渡ハ動產ノ引渡アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコト能ハサルモノトス是レ民法第一七八條ニ規定スル所ナリ蓋シ動產ハ其名稱ノ示スカ如ク容易ニ移動スヘキ性質ヲ有シ不動産ノ如ク一定不變ノ所在ヲ有セサルヲ以テ動產ニ關スル權利ノ得喪ニ關シテハ登記制度ヲ採用スルコト能ハサルハ論ヲ俟タサルノミナラス動產ノ所有者ハ普通其動產ヲ占有スルヲ以テ占有ハ動產ニ關スル權利ノ所在ヲ認識スヘキ一般ノ標準ト爲スコトヲ得ヘシ故ニ羅馬法以來何レノ國ニ於テモ動產ノ讓渡ハ引渡ニ因リ完全ニ其效力ヲ生スルモノト爲セ

リ而シテ現行民法モ亦占有ノ移轉即チ引渡ヲ以テ第三者ニ對スル條件ト爲シタルモノナリ  
動產ニ關シテモ亦引渡ヲ以テ物權讓渡ノ要件ト爲スノ主義ト單ニ第三者ニ對スル要件ト爲スノ主義ト  
アリ又第三者ニ對スル要件ト爲スノ主義ニ付テモ第三者ノ善意惡意ヲ區別スルコトナク凡テ場合ニ  
於テ引渡ヲ必要トスルモノト第三者ノ善意、惡意ヲ區別シテ唯善意ノ第三者ニ對シテ引渡ヲ必要ト  
スルモノトアリ我民法ハ引渡ヲ以テ第三者ニ對スル物權讓渡ノ條件ト爲スト同時ニ第三者ノ善意、惡  
意ヲ區別セサルノ主義ヲ採用シタルモノナリ

民法第一七八條「物權ノ讓渡ハ專ラ所有權ノ讓渡ニ關スルモノニシテ其所謂物權中ヨリ占有權、先  
取特權、留置權、質權ヲ除外セサルヘカラス何トナレハ占有權及ヒ質權ニ在リテハ目的物ノ占有ハ權利  
ノ發生移轉ノ必要條件ニシテ第三者ニ對スル要件ニ非ス又先取特權及ヒ留置權ハ法律ノ直接規定ヨリ  
生シ當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ設定移轉スルコト能ハサルヲ以テナリ又動產上ノ物權ノ原始取得ハ取得  
ノ始ヨリ當然其效ヲ生シ第一七八條ノ規定外ニ屬スルハ敢テ説明ヲ要セサル所ナリ

次ニ民法第一七八條ノ第三者トハ原權利者トノ關係上動產ニ關シテ物權又ハ第三者ニ對抗シ得ヘキ權  
利ヲ取得シタルト否トニ論ナク當事者及ヒ其一般承繼人以外ノ人ヲ指スハ不動產上物權ノ得喪變更ノ  
場合ト室モ異ナルコトナシ

動產讓渡ノ第三者ニ對スル效力ニ付テハ引渡ヲ以テ登記ニ代フル外不動產ニ關スル物權ノ得喪變更ニ  
付キ前ニ述ヘタル第一乃至第七ノ原則ヲ適用スヘキモノトス但動產ニ關シテハ民法第一九二條ノ規定  
アリ公然且平穩ニ動產ヲ占有シタル者カ占有ノ當時善意無過失ナルトキハ即時ニ其上ニ行使スル權利  
ヲ取得スルヲ以テ動產ノ引渡カ無効ノ原因ニ基ク場合ト雖モ第三者カ善意無過失ニテ其引渡ヲ受ケタ  
ルトキハ占有ノ效力ニ因リ其動產ノ上ニ權利ヲ取得シ原權利者ハ最早其回復ヲ請求スルコトヲ得ス動  
產ヲ引渡ス所以ノ原因カ取消サレタル場合亦同シ

以上説明スル所ニ從ヒ民法ハ動產ニ關スル物權ノ讓渡ニ付テハ動產ノ引渡ヲ以テ第三者ニ對スル要件  
ト爲シタリ然レトモ其引渡ノ何タルヤニ付テハ別ニ規定スル所ナシ故ニ如何ナル場合ニ於テ動產ハ其  
引渡アリタルモノト認メ得ヘキヤハ全ク事實上ノ問題ニ屬シ爭ノ生シタル場合ニ裁判所ニ於テ判斷ス  
ヘキモノトス但引渡ハ要スルニ占有ノ移轉ニ外ナラサルヲ以テ此點ニ關シテハ占有權ヲ論スルニ當リ  
説明スヘク茲ニ述フルノ必要ヲ見サルナリ

#### 第四款 混同ニ因ル物權ノ消滅

混同トハ或權利關係ニ付キ相容レサル二箇ノ資格カ同一人ニ歸スルヲ謂フ例ヘハ一ノ債權關係ニ付キ  
債權者ト債務者ノ資格カ同一人ニ歸シ同一物ニ付キ所有者ト他物權者トノ資格カ同一人ニ歸スルカ如  
シ而シテ債權關係ニ於ケル混同ハ「コンフュージョン」ト稱シ物權ニ關スル混同ハ「コンソリダシオン」ト  
謂フ

民法第一七九條ニ曰ク「所有權又ハ其他ノ物權ト之ヲ目的トスル所ノ他ノ權利カ同一人ニ歸シタルト  
キハ其權利ハ消滅ス」ト是レ即チ物權混同ノ效力ヲ規定シタルモノナリ同條ノ規定ヨリ左ノ結果ヲ生  
ス

第一 物權ハ混同ニ因リテ消滅ス 物ノ所有權又ハ其他ノ物權ヲ目的トスル權利ヲ有スル者カ其所有  
權又ハ物權ヲ取得シタルトキ及ヒ所有權又ハ其他ノ物權ヲ有スル者カ之ヲ目的トスル他ノ權利ヲ取得

シタルトキハ其權利ハ消滅スルモノトス何トナレハ一ノ權利ノ上ニ他ノ權利ヲ設定スルニハ必スキ別異ナル權利ノ主體アルコトヲ必要トスルヲ以テ同一人カ同時ニ一ノ權利ト其上ニ行ハル他ノ權利トヲ併有スルハ理論ニ抵觸スルノミナラス他ノ權利ハ混同後獨立ノ存在ヲ有スルノ必要ナケレハ其權利ハ當然消滅ニ歸スヘキハ事理ノ當然ナルヲ以テナリ而シテ物權ノ混同ヲ來ス場合ニアリ即チ左ノ如シ

甲 所有權ト他ノ物權カ同一人ニ歸シタルトキ 甲或地所ノ所有權ヲ有シ乙其地所ノ上ニ地上權ヲ有スル場合ニ乙、甲ヨリ地所ノ所有權ヲ讓受ケタルトキハ乙ハ地所ノ所有權ト地上權トヲ併有スルコトト爲ルヘシ然レトモ地上權ハ他物權ナルヲ以テ乙ハ自己ノ有スル所有權ノ上ニ地上權ヲ有スルコト能ハサルト同時ニ所有權ハ物ニ關スル完全ノ權利トシテ地上權ヲ吸收スルニ因リ其以前獨立シテ存在セル地上權ハ茲ニ全ク消滅スルモノトス

右ハ單ニ地上權ニ關シテ例證ヲ示シタルニ過キスト雖モ其他ノ物權ト所有權トカ同一人ニ歸シタル場合ニ於テモ亦全ク同一ナリトス但占有權ニ關シテハ後ニ説明スル如ク此原則ヲ適用スルコトヲ得ス

乙 所有權以外ノ物權ト之ヲ目的トスル權利カ同一人ニ歸シタルトキ 甲或地所ノ永小作權ヲ有シ乙ニ對シテ之ヲ抵當ニ供シタルト假定セシニ此場合ニ於テ乙、甲ヨリ永小作權ヲ讓受ケタルトキハ之ヲ目的トセル乙ノ抵當權ハ之ヲ存立セシムルノ必要ナク又獨立シテ存在シ得ヘキニ非サルヲ以テ乙カ永小作權ヲ讓受クルト同時ニ其抵當權ハ消滅スルモノトス

## 第二 此原則ニハ例外アリ即チ左ノ如シ

甲 主タル物權又ハ之ヲ目的トスル他ノ權利カ第三者ノ權利ノ目的タルトキ 例ヘハ甲カ二千圓ノ價額ヲ有スル地所ノ所有權ヲ有シ之ヲ各千圓ノ債權ヲ有スル所ノ乙丙丁ニ順次ニ抵當ニ供シタルト假定スルトキハ乙ハ丙

丁ニ先チ其地所ノ上ニ抵當權ヲ行使シ得ヘキハ論ヲ俟タス然ルニ其後ニ至リ乙、甲ヨリ地所ノ所有權ヲ讓受ケタルトキハ一般ノ原則ニ從ヒ乙ノ抵當權ハ混同ニ因リテ消滅シ丙丁ハ各其地所ノ上ニ抵當權ヲ行使シ得ヘキハ混同ノ結果一物ヲモ得ルコト能ハサルニ至ルヘシ是レ甚タ不公平ナルヲ以テ此場合ニ於テハ乙ノ抵當權ハ丙丁ノ關係上尙ホ存立スルモノトシテ乙ヲシテ自己ノ所有地ノ上ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得セシム而シテ丙丁ハ之ニ對シテ異議ヲ申立ツルコトヲ得ス何トナレハ乙ハ當初ヨリ第一位ニ居リ丙丁ハ第二位及第三位ヲ以テ満足シタルモノニシテ乙ノ抵當權ヲ存在セシムルモ爲メニ丙丁ノ權利ヲ害スルノ結果ヲ生セサルヲ以テナリ

(ロ) 他ノ權利カ第三者ノ權利ノ目的タルトキ 例ヘハ甲ハ土地ノ所有者ニテ乙ハ其地上權者ナリトシ乙其地上權ヲ丙ニ抵當ト爲シタルト假定セシニ其後ニ至リテ乙、甲ヨリ地所ノ所有權ヲ讓受ケタルトキハ一般ノ原則ニ依レハ乙カ地所ノ所有權ヲ取得スルト同時ニ其地上權ハ混同ニ因リテ消滅スルノ結果ヲ生スヘシ然レトモ斯クスルニ於テハ乙ノ地上權消滅スルト同時ニ之ヲ目的トセル丙ノ抵當權モ亦消滅ニ歸スヘキヲ以テ丙ハ謂レナクシテ其權利ヲ喪失スルノ不公平ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ此場合ニ於テハ法律ハ乙ノ地上權ハ混同ニ拘ハラス存在スルモノトシ以テ第三者タル丙ノ權利ヲ保護スルモノナリ



要スルニ物權ハ混同ニ因リテ消滅スルヲ原則トスルモ此消滅カ權利者又ハ第三者ノ既得權ヲ害スルノ結果ヲ生スルトキハ之ヲ存在セシムルノ必要アルヲ以テ混同ニ因リ消滅スヘカリシ物權ハ混同ニ拘ハラス之ヲ存続セシムルモノナリ  
例ヘハ甲ハ或地所ノ占有者ニシテ所有權又ハ其他ノ物權ト占有權トカ同一人ニ歸シタルトキ  
乙ハ其所有者ナリト假定セシニ甲カ乙ヨリ地所ノ所有權ヲ讓受ケタルトキハ甲ノ占有權ハ混同ニ因リ消滅セシテ甲ハ所有權ト占有權トヲ併セテ有スルモノナリ蓋シ占有權ハ占有ノ事實ヨリ生スル權利ニシテ其物カ他人ノ權利ノ目的タルト否トニ拘ハラス存立シ他人ノ所有權又ハ物權ヲ前提スル所ノ他ノ物權ト全然其性質ヲ異ニスルヲ以テナリ

## 第二章 各論

## 第一節 占有權

## 第一款 占有權ノ性質

物權ハ有體物ヲ直接ニ權利者ノ權力ニ服從セシムルノ權利ニシテ之ヲ所有權、他物權及ヒ占有權ニ區別スルヲ得ルコトハ既ニ説明セシ所ナリ而シテ所有權及ヒ他物權ハ有體物ヲ凡テノ關係若クハ或關係ニ於テ支配スルノ權利ニシテ占有權ハ占有即チ現實ニ有體物ヲ支配スルノ事實ヨリ生スル權利ナルトモ亦既ニ一言セル所ナリ蓋シ所有者、他物權者ハ法律上有體物ヲ支配スルコトヲ得ルノ權利即チ其欲スル所ニ從ヒ有體物ヲ自己ノ權力ニ服從セシムル法律上ノ能力ヲ有スト雖モ是等ノ物權者ハ其權利

ノ本旨ニ從ヒ目的物ヲ現實ニ支配スルコトアリ或ハ之ヲ支配セサルコトアリ物ヲ支配スルノ權利ト物ノ現實ニ支配トハ常ニ必シシモ同一人ニ歸セサルモノナリ而シテ占有權ナルモノハ即チ此現實ノ支配ヨリ生スル權利ニシテ物權中特種ノ權利ニ屬スルモノトス  
占有ハ廣キ意義ニ於テハ一般ニ物ニ關スル現實ノ支配ヲ謂フ言スレバ占有ハ有體物カ事實上ノ人ノ實力ニ服從スルコトヲ意味シ吾人カ他人ヲ排斥シテ有體物ノ上ニ有形的行為ヲ施スコトヲ得ル事實上ノ狀態ヲ謂フ

右ノ如ク或人カ有體物ヲ事實上自己ノ實力ノ範圍内ニ保持スルトキハ此狀態ヲ指シテ物ノ自然ノ占有又ハ物ノ所持ト稱ス物ノ所持人カ自己ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ物ヲ占有スルトキハ其占有ハ法律上ノ占有ト稱シ占有權ハ即チ此種ノ占有ヨリ生スルモノトス

法律上ノ占有ハ一定ノ關係シテハ古來學說及立法例區別ニシテ一定セス或ハ第二法律ノ保護ヲ受クヘキ占有ハ所有ノ意思ヲ以テ有體物ヲ自己ノ實力範圍内ニ保持スルモノタルコトヲ必要トシ或ハ(第二)占有カ法律ノ保護ヲ受クルニハ占有者ニ自己ノ爲メニスルノ意思アルモノヲ以テ是レトシ又或ハ(第三)占有者カ物ヲ自己ノ實力範圍内ニ保持スルニ於テハ意思ノ有無ニ拘ハラス其占有ハ保護セラハ(第三)爲セリ佛國民民法及ヒ我舊民法第一ノ主義ヲ採リ獨逸民法ハ第三ノ主義ヲ採リ我現行民法ハ第一、第三ノ中間ニ位スル第二ノ主義ヲ探レリ而シテ法律ノ保護ヲ受クヘキ占有ノ範圍ニ付テハ第二ノ主義ハ第一ヨリモ廣ク第三ノ主義ハ更ニ第二ヨリモ廣キコト明カニシテ第一ノ主義ハ羅馬法以來行ハレタルモノニ係リ種種ノ變遷ヲ經テ第三ノ主義ヲ生シ漸次ニ其範圍ヲ擴張スルニ至リタルモノナリ蓋シ法律カ占有ヲ保護スル所以ノ主たる理由ハ或人カ物ヲ自己ノ實力範圍内ニ保持スルトキハ他人ノ

ヲシテ私力ヲ以テ猥ニ此實力關係ヲ動かスコトヲ得サラムルニ在リ故ニ此點ヨリ觀察スルトキハ苟モ物ト人トノ間ニ於テ實力關係ノ存スル限ハ其人カ物ヲ所持スル所以ノ意思如何ニ拘ハラス之ヲ保護シ他人ヲシテ之ヲ侵害セシメサルノ必要アルモノノ如シ然レトモ我民法ニ於テハ自己ノ爲メニスルノ意思ナクシテ物ヲ所持スル者ハ物ノ所持ニ付キ何等ノ利害ヲ感セサルモノナレハ之ヲ保護スルノ必要ナキモノト認メ此意思ヲ以テ法律ノ保護ヲ受クヘキ必要條件ト爲シタルモノナリ

我民法ニ依レハ法律上ノ占有ニハ自己ノ爲メニスル意思アルコトヲ必要トスルヲ以テ唯或權利ノ行使トシテ物ヲ所持スル場合ニ於テノミ法律上ノ占有アルコト明カナリ何トナレハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ占有スルニハ常ニ必ス物ニ關スル或權利ノ行使トシテ物ヲ占有スルコトヲ要シ此場合ヲ除キ他ニ自己ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ占有ヲナスノ場合ナケレハナリ但占有者ノ行使セントスル權利ノ物權ナルト債權ナルトハ之ヲ問フヲ要セス然レトモ物權就中所有權ノ行使トシテ爲ス物ノ占有ハ法律上ノ占有中ノ最も顯著ナルモノニ屬シ極メテ重要ナル法律上ノ效力ヲ生スルモノナリ

占有ハ一ノ事實ナリヤ將タ一ノ權利ナリヤニ付テハ羅馬法以來學者ノ間ニ議論アル所ニシテ各國ノ立法ハ概ネ皆之ヲ單純ナル事實トシ唯其實事ニ多少重要ナル法律上ノ效果ヲ付スルノ制度ヲ採用セリ蓋シ占有ハ本來一ノ事實ニ過キスト雖モ此事實ヨリ重要ナル法律上ノ效果ヲ生シ占有者ハ占有物ニ關シテ法律上種種ノ利益ヲ享受スルコトヲ得ルト同時ニ法律ハ其占有ヲ保護シ第三者カ之ヲ妨害シ若クハ之ヲ侵奪シタルトキハ占有者有訴權ノ方法ニ依リテ其占有ヲ保持シ又ハ回復スルノ權利ヲ占有者ニ付與シ占有者ヲシテ占有ヨリ生スル利益ヲ享有スルコトヲ得セシム故ニ此點ヨリ觀察スルトキハ占有者ハ自己ノ占有スル物ノ上ニ法律ニ依リテ保護セラルル利益即チ一ノ權利ヲ有スルモノト云フコトヲ得

ヘシ面シテ此權利モ亦所有權、他物權ト等シク直接ニ物ノ上ニ行ハルルヲ以テ物權ノ一種ニ屬スルコト明カナリ然レトモ此權利ハ單純ニ占有ノ事實ノミニ基因シ實體上ノ權利ノ如ク物ヲ支配スルコトヲ得ヘキ權利者本來ノ能力ニ基因スルニ非ス且占有者ハ人ト物トノ實力關係ヲ保護スル目的トシ其效力ハ主トシテ私力ヲ以テ物ノ上ニ行ハルル實力關係ヲ侵害セシメサルノ範圍内ニ制限セラルルモノナレハ占有者有權ト實體上ノ權利ト兩立シ得ヘカラスアルトキハ占有者ハ常ニ實體上ノ權利ニ地步ヲ讓ラサルヘカラス例ヘハ甲ハ時計ノ所有者ニシテ乙ハ權利ナクシテ之ヲ占有スルモノト假定センニ甲ハ所有權乙ハ占有權ヲ有スルコト明カナリ此ノ場合ニ於ケル甲乙ノ關係如何ヲ見ルニ甲ハ乙ノ承諾ヲ得シテ私力ヲ以テ其時計ヲ取戻スコトヲ得スト雖モ乙ハ事實上時計ヲ占有スルニ過キスシテ法律上之ヲ占有スルノ權利ヲ有セサルヲ以テ所有者タル甲ノ請求ニ對シ之ヲ返還スルノ義務アリ從テ乙カ甲ノ請求ニ應ゼサルトキハ甲ハ法律ニ定ムル手續ニ依リ乙ヲシテ時計ヲ引渡サシムルノ權利ヲ有スルモノナリ故ニ占有權ハ自己ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ物ヲ占有スル人カ法律ニ定メタル方法ニ依ルニ非サレハ其意思ニ反シテ其占有ヲ追奪セラレサルハ權利ナリト謂フコトヲ得ヘシ

## 第二款 占有ノ種類

占有ハ種種ノ觀察點ヨリ之ヲ數箇ニ類別スルコトヲ得ヘシ即チ左ノ如シ

第一 自然ノ占有 法律上ノ占有 此區別ハ既ニ一言シタル所ナリ而シテ法律上ノ占有ニハ占有者ニ物ノ所有主トシテ之ヲ所持スルノ意思アルコトヲ必要トセス唯占有者カ自己ノ利益ノ爲メ即チ自己ノ名義ヲ以テ物ヲ所持スルノ意思アルヲ以テ足レリ故ニ動產ノ質取主、動產又ハ不動產ノ賃借人ハ

自己ノ爲メニ物ヲ占有スル者ナレハ法律ニ所謂占有タルコトヲ妨ケサルモノトス

第二 完全ナル占有、不完全ナル占有、完全ナル占有トハ自己ノ所有物トシテ或物ヲ占有スルヲ謂ヒ不完全ナル占有トハ所有權以外ノ或權利ノ行使トシテ物ヲ占有スルヲ謂フ物ノ質取主、賃借人ノ占有ハ即チ此種ノ占有ニ屬ス此場合ニ於テハ質取主、賃借人ノ不完全ナル占有ト其ノ所有主ノ完全ナル占有アリテ占有ノ目的物ハ同時ニ質取主、賃借人ト物ノ所有主トノ權ニ服従スルモノトス蓋シ同一物ハ同時ニ異ナリタル關係ニ於テ數人ニ依リテ支配セラレ得ヘキモノタリ

第三 正當ノ占有、不正當ノ占有 正當ノ占有トハ占有者カ正當ノ權利アリテ物ヲ占有スルヲ謂フ或物權ノ真正ノ所有者カ現ニ其物件ヲ占有スルカ如シ不正當ノ占有トハ權利ナクシテ他人ノ物ヲ占有スルヲ謂フ例ヘハ竊盜カ其竊取シタル物ヲ占有スルカ如シ

第四 正權原ノ占有、無權原ノ占有 占有者カ權利ヲ移轉セシムヘキ法律上ノ原因ニ基キ物ヲ占有スルトキハ其占有ハ正權原ノ占有ナリ例ヘハ賣買、交換、贈與等ハ權利移轉ノ原因ヲ成スモノナレハ是等ノ名義ニ基キテ物ヲ占有スル者ハ正權原ノ占有者ナリ但其原因ノ有效ナリヤ無効ナリヤハ之ヲ問フコトヲ要セス無權原ノ占有トハ法律上ノ原因ナクシテ物ヲ占有スルヲ謂フ例ヘハ竊盜ノ占有ノ如シ

第五 善意ノ占有、惡意ノ占有 善意ノ占有トハ正當ノ權利アリト信シテ物ヲ占有スルヲ謂フ例ヘハ甲、乙ノ時計ヲ丙ニ賣渡シ丙時計ノ引渡ヲ受ケタル場合ニ其時計ヲ甲ノ所有物ナリト信シテ引渡ヲ受ケタルトキハ丙ハ善意ノ占有者ナリ惡意ノ占有トハ權利ナキコトヲ知リテ物ヲ占有スルヲ謂フ前例ノ場合ニ於テ丙カ其買受ケタル時計ハ甲ノ所有物ニ非シテ乙ノ所有物ナルコトヲ知リタルトキ

第六 丙ハ惡意ノ占有者ナリ

第六 過失アル占有、過失ナキ占有 占有者カ正當ノ權利ナクシテ物ヲ占有スル場合ニ占有ノ當時自己ニ正當ノ權利アリト信シ而シテ其權利ナキコトヲ知リ得ヘカラザリシトキハ其占有ハ過失ナシトス之ニ反シテ占有者カ縱令自己ニ權利アリト信スルモ相當ノ注意ヲ爲スニ於テハ其權利ナキコトヲ知リ得ヘカリシトキハ其占有ハ過失アリトス但占有者ニ過失アリタルヤ否ヤハ事實上ノ問題ニ屬スルヲ以テ各場合ニ付キ之ヲ判定スヘキモノトス

第七 自主占有、容假ノ占有 自主占有トハ自己ノ爲メニ所有スルノ意思ヲ以テ物ヲ占有スルヲ謂フ例ヘハ甲、乙ヨリ時計ヲ買取リテ其引渡ヲ受ケタル場合ニ於テ甲ハ自己ノ所有物トシテ其時計ヲ占有スルモノナレハ其占有ハ自主占有ナリトス容假ノ占有トハ自己ノ爲メニ所有スルノ意思ナクシテ物ヲ占有スルヲ謂フ例ヘハ甲、乙ヨリ時計ヲ借受ケタル占有ハ自己ノ爲メニ所有スルノ意思ナクシテ計ヲ占有スルモノニ非サルヲ以テ其占有ハ容假ノ占有ナリトス

第八 本人占有、代理占有、又ハ直接占有、間接占有 本人占有トハ占有權ノ主體タル人カ自身ノ目的物ヲ占有スルヲ謂フ例ヘハ甲、自己ノ所有物トシテ一ノ時計ヲ携帶スルカ如シ代理占有トハ占有者カ他ノ人ヲシテ代リテ目的物ヲ占有セシムルヲ謂フ前例ニ於テ甲、乙ヲシテ其時計ヲ保管セシムルカ如シ

第九 平穩ノ占有、強暴ノ占有 平穩ノ占有トハ其名稱ノ示スカ如ク平穩ニ物ヲ占有スルヲ謂フ例ヘハ甲、乙ノ承諾ヲ得テ時計ノ引渡ヲ受ケタル占有スルカ如シ強暴ノ占有トハ之ニ反シテ暴行脅迫ニ因リテ占有ヲ謂フ例ヘハ甲、腕力ヲ以テ乙ノ所持スル時計ヲ奪ヒ之ヲ占有スルカ如シ

第十 公然ノ占有、隱秘ノ占有。公然ノ占有ハ占有カ外形上ノ行為ニ顯ハルヲ謂フ例ヘハ甲、乙ヨリ時計ヲ買取り公然之ヲ携帶スルカ如シ、隱秘ノ占有ハ占有カ外形上ノ行為ニ發表セラルヲ謂フ例ヘハ前例ノ場合ニ於テ乙カ其時計ヲ篋底ニ隱匿シ他人ヲシテ目撃スル能ハサルシムルカ如シ

### 第三款 占有權ノ主體及ヒ目的物

第一 占有權ハ、ノ權利ナルヲ以テ權利能力ヲ有スル者ハ總テ占有權ノ主體タルコトヲ得但占有權ノ取得ニハ自己ノ爲メニスルノ意思ヲ必要トスルヲ以テ意思能力ナキ者ハ自ラ占有權取得ノ行為ヲ爲スコトヲ得ズ然レトモ其法定代理人ニ於テ代理リテ此權利ヲ取得スルコトヲ得此部類ニ屬スル者ハ意思能力ナキ幼者、心神喪失ノ狀態ニ在ル白痴、癡癪者及ヒ法人ナリ

第二 占有權ノ目的物ハ有體物タルコトヲ要ス何トナレハ占有權ハ他ノ物權ト等シク物ノ上ニ直接ニ行ハル權利ナレハ其目的物ハ有體物タルコトヲ必要トスルハ論ヲ俟タサルヲ以テナリ

第三 一般ニ所有權ノ目的物ト爲ルコトヲ得ヘキ物ノミ占有權ノ目的物ト爲ルコトヲ得故ニ公有物其他一般ニ不融通物ハ占有權ノ目的タルコトヲ得サルヲ原則トスルモ是等ノ物ト雖モ一私人ノ使用ヲ許スコトナキニ非サルヲ以テ其範圍内ニ於テハ占有權ノ目的タルコトヲ得ヘシ

第四 取引上獨立シタル財産ヲ成シ且一定ノ限界ヲ有スル物件ニ非サレハ占有權ノ目的物タルコトヲ得ズ其性質ニ於テ不可分ナル動産、不動産ノ一部分ハ此性質ヲ有セサルヲ以テ之ヲ占有スルコトヲ得ズ例ヘハ家屋ノ柱、衣服ノ紐若クハ馬ノ肩ノ如キハ特別ナル占有ノ目的物ト爲ルコトヲ得ズ

第五 同一物ハ同時ニ二箇以上ノ同一ナル占有權ノ目的物タルコトヲ得ズ何トナレハ占有權ハ物ノ現

實ニ支配ヨリ生ズルモノニシテ同一物、同時ニ同一ノ關係ニ於テ數人ノ支配ヲ受タルコト能ハサルヲ以テナリ但同一物上ノ同一ノ占有權カ同時ニ數人ニ共屬スルハ妨ナシトス此場合ニ於テハ占有者ハ共同シテ一ノ占有權ヲ有スルモノトス又物ニ關スル權利關係上同一物カ同時ニ數人ノ占有權ノ目的ト爲ルコトアリ例ヘハ甲、一ノ時計ヲ乙ニ質入シタルニ乙之ヲ丙ニ轉賣ト爲シ丙、更ニ之ヲ丁ニ轉賣ト爲シ丁、之ヲ占有スルモノト假定センニ乙丙丁ハ各其前者ノ爲メ並ニ自己ノ爲メニ時計ヲ占有スルモノニシテ甲乙丙丁ハ各自ニ占有權ヲ有スルモノナリ蓋シ乙丙丁ノ占有ハ何レモ物ヲ占有スルノ權利ヲ有スル前者ノ權利ニ基因シ甲乙丙ハ各其後者ヲシテ代理リテ占有ヲ爲サシムルモノト見ルコトヲ得ヘケレハナリ

### 第四款 占有權ノ得喪變更

占有權ハ二箇ノ方法ニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得原始取得及ヒ繼承取得即チ是ナリ原始取得トハ新ニ自家固有ノ占有權ヲ取得スルヲ謂フ例ヘハ自己ノ所有ト爲スノ意思ヲ以テ無主ノ動産ヲ占有シ又ハ他人ノ占有スル物件ヲ奪取シテ之ヲ占有スルカ如シ繼承取得トハ他人ノ權利ヲ繼承シテ占有權ヲ取得スルヲ謂フ例ヘハ甲、乙ヨリ其所有ノ時計ヲ買受ケ其引渡ヲ受ケテ之ヲ所持スルカ如シ蓋シ繼承取得ノ場合ニ於テハ占有權ノ取得ハ原權利者ト新權利者トノ間ノ意思表示ニ基クモノニシテ占有權ノ移轉即チ同一ノ占有權ニ關シ權利者ニ更迭ヲ生ズルコトハ當事者ノ意思表示ニ基ク所有權其他ノ物權ノ移轉ノ場合ト毫モ異ナル所ナシ

我民法カ占有權ノ原始取得ト繼承取得ヲ認メタルコトハ第一八〇條及ヒ第一八二條ノ規定ニ徴シテ明



カナリ而シテ我民法ノ解釋トシテ繼承取得ノ場合ニハ占有者ハ前占有者ノ占有權ヲ繼承スルト同時ニ自家固有ノ占有權ヲ取得（原始取得）スルモノト謂ハサルヲ得ス何トナレハ民法第一八七條ニ繼承人ハ其選擇ニ從ヒ自己ノ占有ノミヲ主張シ又ハ自己ノ占有ニ前主ノ占有ヲ併セテ主張スルコトヲ得トアリ而シテ自己ノ占有ノミヲ主張スルコトヲ得ルハ新ニ占有權ヲ取得シタルノ結果ニシテ前主ノ占有ヲ主張スルコトヲ得ルハ權利繼承ヨリ生スル當然ノ結果タルニ外ナラサルヲ以テナリ

## 第一項 占有權ノ取得

占有權ハ其構成要件タル二箇ノ事實ノ具備スルニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得即チ吾人カ事實上或ハ物上ニ占有權ヲ取得スルモノナリ而シテ實力上ノ要件ハ古來之ヲ體素ト稱シ意思ノ要件ハ之ヲ心素ト謂フ予ハ以下此二要件ニ付キ各別ニ説明スヘシ

第一 物ノ上ニ實力ヲ加フルコトヲ得ル物ノ上ニ實力ヲ占領スルニハ二箇ノ條件ノ備ハルコトヲ必要トス物ノ上ニ實力ヲ加フルコトヲ得ルコト及ヒ他人ノ干渉ヲ排斥シ得ヘキコト即チ是ナリ

甲 物ノ上ニ實力ヲ加フルコトヲ得ルコトヲ得ル物ノ上ニ實力ヲ加フルノ最モ顯著ナル場合ハ手ヲ以テ有體物ヲ把持スルカ如シ然レトモ實力ノ占領ニハ吾人ノ身體カ直接ニ有體物ニ接觸スルコトヲ必要トセス吾人カ有體物上ニ實力ヲ加フルコトヲ得ヘキ地位ニ在ルヲ以テ足リトス例ヘハ甲者人實ヲシテ自己ノ倉庫内ニ米穀ヲ運搬セシメタル場合ニ甲ハ實際其穀ノ上ニ實力ヲ施ササルモ何時

迄ニテモ之ヲ施スコトヲ得ヘタ從テ其米穀ハ甲ノ實力範圍内ニ在ルモノトス蓋シ或人ノ占領スル家屋土地内ニ存在スル物件ハ其何タルヲ問ハス總テ其人ノ實力範圍内ニ在ルモノナリ何トナレハ其自家屋土地ヲ支配スルノ實權ヲ有スル所ノ人ハ何時ニテモ其家屋土地ノ上ニ存在スル物件ノ上ニ實力ヲ施シ得ヘケレハナリ加之吾人ノ直接ニ支配スル場所ニ在ラサル物件ト雖モ吾人ノ實力ノ及フ限ハ其物權ハ吾人ノ實力ノ範圍内ニ在ルモノナリ例ヘハ道路若クハ他人ノ邸宅内ニ在ル物件ハ直接ニ吾人ノ監督ノ下ニ在ラサルモ吾人カ何時ニテモ實力ヲ加ヘ得ヘキモノナルトキハ其物件ハ吾人ノ實力内ニ在リト云フコトヲ妨ケサルモノトス

里物ノ上ニ行ハルハ實力ノ占領ハ多少繼續スヘキ性質ノモノナルコトヲ要シ一時的ノモノハ占有權ヲ取得ノ原因タルコトヲ得ス例ヘハ鳥獸捕獲ノ目的ヲ以テ之ヲ握持スルモ直チニ逸シタルトキハ未タ以テ實力ヲ占領シタルモノト云フコトヲ得ス之ヲ握持シタル後繼續シテ實力ヲ加ヘ得ヘキ程度自ニ達シタル時ヲ以テ始メテ實力ノ占領アリトスヘキノミ而シテ有體物中ニハ容易ニ吾人ノ支配ヲ脱出シ得ヘキモノト然ラサルモノトアルヲ以テ脱出ノ危險ノ大小ニ依リテ實力占領ニ要スル設備ニ差等アルヘキハ勿論ナリトス

乙 他人ノ干渉ヲ排斥シ得ヘキコト 此要件ヲ充タスカ爲メニ他人ヲシテ目的物上ニ實力ヲ加ヘ之ヲ他人ノ干渉ヲ排斥シ得ヘキコトヲ要セス他人ヲシテ代リテ之ヲ爲サシムルコトヲ得此場合ニ於テハ代理人ノ實力内ニ在ルモノハ即チ占有者本人ノ實力内ニ在ルモノナリ何トナレハ占有者ハ何時ニテモ其物ノ上ニ實力ヲ施シ得ヘキ地位ニ在ルヲ以テナリ例ヘハ雇人又ハ家族ヲシテ物ノ占有ヲ爲サシムル場合ノ如シ

ルコトヲ得セシメサル爲メニ必要ナル設備ヲ爲スコトヲ要セス例ヘハ目的物ヲ倉庫内ニ收容シ之  
鎖鑰ヲ施スガ如キ嚴重ナル施設ハ必スシモ之ヲ爲スコトヲ要セス他人カ其當時ノ狀況ニ依リ外  
形上其物件ノ既ニ占有ノ目的ヲ爲リタルモノナルコトヲ認知シ得ルヲ以テ充分ナリトス例ヘハ道  
路ニ置キタル物件ニ符徴ヲ施シ占有ノ事實ヲ表示スルカ如シ蓋シ目的物カ既ニ或人ノ占有ニ歸シ  
タル事實ヲ認識スルコトヲ得ルニ於テハ他人ハ猥ニ之ヲ侵スコトノ不當ナルヲ感知シ自ラ其行  
爲ヲ避止セサルヘカサルニ至ルヘキヲ以テナリ

第二 自己ノ爲メニスルノ意思ヲ有スルコト 單純ナル實力占領ハ占有權取得ノ原因タルコトヲ得ス  
自己ノ爲メニスルノ意思ノ之ニ伴フニ因リテ始メテ權利トシテ法律ノ保護ヲ受クヘキモノナルコト  
ハ既ニ説明シタル所ナリ故ニ他人ヨリ或物ノ保管ヲ委託セラレ之ヲ所持スル者ハ他人ノ爲メニス  
物ヲ所持スルモノニシテ自己ノ爲メニスル意思ナキヲ以テ其物ニ付キ占有權ヲ有セサルモノトス又  
甲者一ノ家屋ニ住居スル場合ニ其不在中乙者甲ニ贈與スルノ意思ヲ以テ或物件ヲ窓ヨリ投入シタル  
ト假定センニ其物ハ甲者ノ實力範圍内ニ入リタルコト明カナリ然レトモ甲者此事實ヲ知リテ自己ノ  
所有ト爲スノ意思ヲ表示スルマデハ實力占領ノ事實ノミアリテ意思ノ要件備ハラサルモノト謂ハサ  
ルヲ得ス故ニ我民法ニ依ルトキハ第三者カ甲ノ不在中其物件ヲ奪ヒ去ルモ甲ハ占有權ノ方法ニ依  
リテ之ヲ回收スルコトヲ得サルヤ明カナリ  
自己ノ爲メニスルノ意思ハ占有者カ物ヲ所持スル所以ノ權原ニ依リテ之ヲ認知スルコトヲ得ヘシ例  
ヘハ占有者カ賣買・贈與・交換其他所有權移轉ノ原因ニ基キ物ヲ占有スルトキハ自己ノ所有ト爲スノ  
意思アルコトヲ認メ得ヘク物ノ質入又ハ貸借ニ因リ物ヲ所持スル質取主及ヒ借主モ亦自己ノ爲メニ

所持スルノ意思アルコト明カナリ但物ノ所持人ニ此意思アルヤ否ヤハ事實上ノ問題ニ屬スルヲ以テ  
各箇ノ場合ニ付キ實際ノ情況ニ基キ之ヲ決定セサルヘカラス  
自己ノ爲メニスル所持スルノ意思ハ實力占領ノ當時ヨリ存在スルコトアリ例ヘハ甲・自己ノ所有ト爲ス  
ノ意思ヲ以テ一羽ノ鳥ヲ捕獲スルカ如シ此意思ハ又實力占領ノ當時存在セスシテ後ニ至リ發生スル  
コトアリ例ヘハ乙・甲ヨリ時計ノ保護ヲ委託セラレ其所持ヲ始メタル後甲ヨリ之ヲ買取リ新ニ自己  
ノ所有トシテ之ヲ所持スルカ如シ  
占有權ノ取得ニハ自己ノ爲メニスルノ意思アルコトヲ必要トスルヲ以テ意思能力アル者ニ非サレハ  
自身ニ占有權ヲ取得スルコトヲ得ス例ヘハ意思能力ナキ幼者・白痴・癡癲其他或事由ニ因リテ一時心  
神ヲ喪失シメタル者ハ實力占領ノ要件ヲ充タスコトヲ得ルモ意思ノ要件缺乏スルヲ以テ直接ニ占有  
權ヲ取得スルコトヲ得ス然レトモ無能力者ハ其法定代理人ニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得ヘク法人  
ハ意思・實力共ニ備ハラサルヲ以テ占有權ノ取得ニ必要ナル要件ハ總テ其法定代理人ニ依リテ之ヲ  
充タササルヘカラス

## 第二項 代理人ニ依ル占有權ノ取得

占有權ハ一ノ權利ナルヲ以テ其取得ニ必要ナル行爲ハ他ノ權利取得ノ場合ト等シク代理人ヲシテ代  
テ之ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ是レ第一八一條ニ規定スル所ナリ同條ニ曰ク「占有權ハ代理人ニ依リ  
テ之ヲ取得スルコトヲ得」ト此規定ニ依レハ占有權ノ取得ニ必要ナル實力占領並ニ意思ノ要件ハ共ニ  
代理人ニ於テ之ヲ充タスコトヲ得ヘク代理人カ本人ニ代リテ是等ノ要件ヲ充タシタルトキハ其行爲ハ

直チニ本人ノ爲メニ其效力ヲ生シ本人ハ之ニ因リテ占有權ヲ取得スルコトハ他ノ法律行為ニ於ケルト  
毫モ異ナル所ナキモノト解釋セザルヘカラス故ニ代理人ニ依ル占有權ノ取得ニ付テハ占有權ノ取得ニ  
關スル第一八一條ノ規定ト代理ニ關スル民法總則ノ規定トヲ交シ適用シテ其法律上ノ效果ヲ定ムルコ  
トヲ必要トス而シテ是等ノ規定ニ依ルトキハ本人カ代理人ニ依リテ占有權ヲ取得スルハ左ノ條件ヲ具  
備スルコトヲ必要トス

第一 本人ト代理人トノ間ニ代理關係アルコト  
所以ノモノハ他ナシ代理人ハ其行為ニ付テ本人ノ機關ト爲ルカ爲メナリ然ルニ本人ト代理人トノ間  
ニ代理關係ナキトキハ其所謂代理人ナルモノハ本人ノ機關ニ非サルヲ以テ縱令本人ノ爲メニ占有權  
取得ノ行為ヲ爲スモ其行為ハ本人ニ對シテ何等ノ效力ヲ生セサルモノトシ代理人カ其委任ノ權限外  
ニ於テ占有權取得ノ行為ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦然リ但代理人カ代理權ナクシテ占有權ヲ爲シタル  
場合ニ本人ノ之ヲ追認シタルトキハ其追認ハ民法第一一六條ノ規定ニ從ヒ占有ノ始ニ溯リテ其效力ヲ生  
スヘキヲ以テ本人ハ代理人カ占有權ヲ爲シタル當時ヨリ占有權ヲ取得シタルモノト爲ルヘシ  
第二 代理人カ物ノ上ニ實力ヲ占領スルコト 此要件ハ説明ヲ要セスシテ明カナリ何トナレハ實力ノ  
占領ハ占有權ノ因テ生スル基本ノ事實ナレハナリ而シテ此點ニ關シテハ本人占有ニ付キ前ニ述ヘタ  
ル原則ヲ適用スヘキモノトス  
第三 代理人カ本人ノ爲メニ占有權ヲ爲スノ意思ヲ有スルコト 代理人カ物ヲ占有スルニ當リ本人ノ爲  
メニスルノ意思ナキトキハ代理人ハ權利ノ主體タル本人ノ機關トシテ動作スルモノニ非ス已レ自ラ  
權利ノ主體トシテ動作スルモノナルハ其占有ハ代理人ヲシテ占有權ヲ取得セシムルニ止マリ本人ニ

是ハ當然ノ事デアルト思ヒマス、ソレ故ニ我邦ニ於テハ教師、醫師、辯護士等ノ勤勞ト雖モ立派ニ債權  
ノ目的ト爲スコトガ出來ル、他ノモノニ付テハ餘リ問題ガ起ラスガ此等ニ付テハ外國デモ能ク問題ガ  
起リ、我邦デモ時時はマデ問題ガ起リタコトガアル、現ニ舊民法ニ於テモ明文ヲ置ク必要ヲ感ジタ位デ  
アル

所ガ今一步進ンデ、ソナラ此等ノ者ガ取結ブ所ノ契約ノ性質如何ト云フコトニナラ來ルトは大ニ  
議論ガアル

先ヅ教師ガ或事柄ヲ教フルコト、是ハ如何ナル契約ニ屬スルデアラウカ、私思フニ通常ハ是ハ雇傭契約  
ニ屬スル、雇傭契約ノ定義ハ第六百二十三條ニ雇傭ハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ勞務ニ服スルコ  
トヲ約シ相手方カ之ニ其報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生シテアル、此雇傭ノ定義ニ依  
リマスト教師ノ教授ノ契約ハ通常雇傭デアアルコトハ明カデアラウト思フ、即チ當事者ノ一方、教師ガ相  
相手方ニ對シテ勞務ニ服スルコトヲ約シ、相手方ガソレニ報酬ヲ與フルコトヲ約スルノハ雇傭デアアル、雇  
傭ト云フト大變ニ不見識ノヤウデアアリマスケレドモ俗語ト法律語トハ自ラ意味ガ違フカラ仕方ガナ  
イ、ソレカラ教師ガ會ニ請負契約ヲ爲スコトガアル、ソレハ多クハ山師デス、何年間又ハ何箇月間ニ英  
語トカ佛語トカ獨逸語トカラ自由ニ話スコトガ出來ルヤウニスル、其報酬トシテ幾ラ拂ヘト云フノデ  
ス、斯ウ云フノハ寧ロ請負ノ方ニナルト思フ、併シソレハ變則ナノデ雇傭ノ方ガ普通デアラウト思フ  
ソレカラ醫師ノ治療ニ關スル契約、是モ私ハ雇傭ノ方ガ多カラウト思フ、矢張り醫師ガ相手方ニ對シテ  
診察、手術ナドノ勞務ニ服スルコトヲ約シテ相手方ガソレニ報酬ヲ與フルコトヲ約スル、尤モ醫師ハ日  
本デハ少シ上等ナ醫師ニナルト明ラ様ニ幾ラノ報酬ヲ寄越セトハ言ヒマセス、併シ多クハ慣習上極メテ

居ルノデ、無報酬デ診察治療ヲ受ケル趣意デナイコトハ明カデアアル、尙ホ病人ガアルトナイトニ拘ハラズ、萬一アタトキハ何時デモ、脈著ケルト云フ約定ノ下ニ、月月報酬ヲ拂フト云フ約束ノコトガアル、ソレハ雇傭デアアルコトハ説明ヲ要セスコトと思フ、私ハ病人ノアタトキニ特ニ診察ヲシテ貰フノデモ矢張り雇傭デアアルと思フ、併シ請負モアル、是モ多クハ山師醫者ニアルコトデス、此病ハ私ガ直セバ直ル、直ラナカッタラ報酬ハイラスガ、直ラタラ幾ラノ報酬ヲ呉レト云フノハ無論請負デアアル、請負ノ定義ハ第六百三十二條ニ「請負ハ當事者ノ一方カ或シ事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ其仕事ノ結果ニ對シテ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生スレトアル、醫師ガ或治療ヲ爲スコトヲ約シ相手方カ病氣ガ直ルト云フ結果ニ對シテ報酬ヲ與フルト云フノハ請負デス

終ニ辯護士ノ契約、是ガ一番複雑デアアル、後ノ二ツハ一旦有效ト見タラ議論ガ少カラウト思フ、辯護士ニ至ラテハ複雑デアアルカラ隨テ議論ガ多ク、私思フニハ辯護士ノ契約ハ動モスレバ三ツノ契約ヲ含ミ得ル、雇傭、請負、委任ハ殆ト常ニアルト私ハ思フ、即チ委任ノ定義ヲ申上グルト、第六百四十三條ニ「委任ハ當事者ノ一方カ法律行為ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ承諾スルニ因リテ其效力ヲ生スレトアル、先ヅ辯護士ガ訴訟ニ出デテ辯論ヲ爲ス場合ニハ、必ズ訴訟代理人ト云フモノニ爲ラテ出ル、所ガ我民法ニ於テハ訴訟行為ハ矢張り法律行為ト見テ居マス、サウスルト依頼人ガ訴訟行為ヲ爲スコトヲ辯護士ニ依頼シ、辯護士ガ之ヲ承諾スルニ因リテ委任契約ガ成立スル、ソレカラ縱令訴訟ノ辯論デナシテモ能ク辯護士ニ懇合事ヲ頼ム、資金ノ督促ヲシテ呉レトカ相手方ガ不法行為ヲ爲シタカラ損害ノ賠償ヲ請求シテ呉レトカ云フ、此場合ニ於テモ矢張り委任ガ成立スルト思フ、即チ依頼者ハ一ノ法律行為ノ催告トカ或ハ特ニ契約ヲ結ボトトカヲ辯護士ニ委託シ、辯護士ガ之ヲ承諾シタノデアアルカラ委任

任デアアル、辯護士ノ職務ニ關スル契約ト云ヘバ委任ガマルキリ其中ニ含マレテ居ラス場合ハ少カラウト思フ、唯單ニ契約書ヲ作ルコトヲ頼ム場合、單ニ事件ノ鑑定ヲ頼ム場合ニハ全ク委任ハナイ、ケレドモ其他ノ場合ニハ訴訟ヲ爲サウガ、和解ヲ爲サウガ、或ハ懇合事ヲ爲サウガ、皆法律行為ヲ目的トスルコトニナルカラ委任デアアル、ソレカラ雇傭ト云フモノモ有リ得ルト思フ、今ノ契約書ヲ作ルトカ、ソレカラ鑑定ヲ爲スト云フヤツナ場合ニハ通常ハ雇傭契約ハ成立致シマセス、併ナガラ刑事ノ辯護ノ如キハ先ヅ私ハ法律行為デハナイと思フ、是ハ私法上ノ事デナイ公法上ノ事デス、サウスルト委任デハナイハ雇傭ニ爲ル、民事デアアツテモ單ニ訴訟行為ヲ爲スノミハ委任デアアルケレドモ、時トシテハ官廳、會社其他ノ商店等ニ於テ常ニ一定ノ報酬ヲ與ヘテ必要アルトキハ法律上ノ意見ヲ徵シ尙ホ訴訟、談判等ヲ委任シタルトキハ必ズ之ヲ擔當セシムルコトガアル、此場合ニハ雇傭ガ成立スル、尤モ訴訟、談判等ヲ爲ス場合ニハ雇傭ト委任ト包含シタルモノデアルト思フ、ソレカラ請負ノ事モアル、訴訟ノ鑑定ヲ爲ス、契約書ヲ作ルノハ多クハ請負デアラウト思フ、契約書ヲ書クト云フ仕事ノ完成ガ目的デアアツテ、其結果ニ對シテ報酬ヲ與フル、ソレカラ或事件ノ鑑定ヲ爲スト云フト其事ニ關スル法律上ノ意見ヲ示スト云フコトデモ隨分辯護士ノ中ニハ此事件ハ幾ラノ報酬デ訖度勝テ見セル其代リ負ケタラ報酬ハイラスト云フノガアル、サウ云フノハ雇傭デナクテ請負デアアル、即チ請負ト委任トノ二ツヲ包含シテ居ル、ソレ故ニ辯護士ノ契約ハ中デ一番複雑シテ居ルト思フ、單ニ委任デアアルトカ、單ニ雇傭デアアルトカ云フテ争ウテ居ルノハ其當ラ得スト思フ

以上ニテ如何ナルモノヲ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ルカト云フ問題ハ終リシタ、是ヨリ第二吻ニ關ス



〇〇。債權ノ御話ヲ致シマス

## 第二款 物ニ關スル債權

債權ノ目的ハ荷モノノ處分スルコトヲ得ルモノデ、ソレガ人ノ行爲ニ關スルナラバ何デモ目的ト爲スコトガ出來ル、去リナガラ實際ハ大抵物ニ關スルカ又ハ物ニ關セザル或行爲デアル、物ニ關セザル或行爲ト云ヘバ人ノ爲メニ旅行ヲ爲ストカ或ハ或藝術ヲ爲ス、役者ガ劇場デ演藝ヲ爲スガ如キデアル、併ナガラ最も多クノ場合ニハ直接又ハ間接ニ物ニ關スル、間接ニ物ニ關スル場合ハ物ノ方カラ觀察スルノハ穩デナカラウト私ハ思フ、例ヘバ建物ヲ建築スルト云フ、建築スレバ一ツノ建物ガ出來ルノデスカラ無論間接ニハ物ニ關シテ居ル、現ニ舊民法ノ如キハソレガ爲メ此ノ如キ權利ハ不動產權デアルト云フ規定ガアツタ位、ソレカラ畫工ニ畫ヲ描イテ賣フト云フ債權、是モ畫ヲ描ケバ一ツノ懸物トカ額トカガ出來マス、少クモ切カ紙カニ書イタモノガ出來マスガ、此等ニ關シテハ出來上ツタ物ヲ觀察スルヨリハ寧ロ行爲ヲ觀察スル方ガ穩當デアル、建築ト云フ行爲、畫ヲ描クト云フ行爲ヲ見ル方ガ穩當デアル、併ナガラ直接ニ物ニ關スル場合ガナカナカ多イ、寧ロ債權ノ大多數ハソレデアルト言フテモ宜シイ、隨テ茲ニ特ニ表題ヲ掲ゲテ物ニ關スル債權ノ御話ヲ致シマス

物ニハ特定物ト不特定物トアル、特定物ト申スノハ「他ノ物ヲ以テ代フルコトヲ許サザル程度ニ於テ確定セル物」ヲ謂フ、此「コト」ト云ヘハ縱令價ハ同ジ「コト」デアラモ此「コト」ノ代リニ他ノ「コト」ヲ持テ來テモソレハ債權ノ履行ニ爲ラス、債權ノ目的ト云フノハ此唯一ノ「コト」ト云フコトデアルト是ハ特定物デアル、不特定物ハ之ニ反シテ「法律上同種ノ物ト認メタル以上ハ如何ナル物ヲ

以テ之ニ充ツルモ可ナル物デアル、例ヘバ斯ク斯クノ大キサノ「コト」幾ツト云フガ如キデアル、此「コト」ガ其大キサニ副ヘバ此ヲ以テ債權ノ目的トシテモ宜シ又他ノ是同ジヤウナ「コト」ヲ以テシテモ宜シ、或ハ現在私ノ所有シテ居ラナイ商人ノ處ニアル物ヲ買テ來テ、ソレヲ與ヘテモ宜シイ、即チ單ニ種類ト數量トガ定マツテ居テ、其物ガ未ダ確定シナイ、之ニ付テハ他ニ代替物、不代替物ト云フ言葉モ用ヒマスガ、我民法ニハ常ニ「特定物」「不特定物」ト云テアル、此二ツノモノハ意味ガ違フト云フ説ガアリマスケレドモ私ハ全ク誤テ居ルト思フ、近ク岡松君ガ論ジテ居リマスケレドモソレハ確ニ我民法ノ解釋トシテハ間違テ居ルト思フ、物ノ名前ハ各自ガ勝手ニ定メルコトガ出來マスカラ強ヒテ定義ヲ別ニシテ名前ヲ附スルコトモ出來スコトハナイガ、ソレハ民法デハシナカッタ、要スルニ「特定物」ト「不特定物」トアラ、ソレニ依ッテ債權ノ相違ガアル、今ソレノ概略ヲ申上ゲマス

先ツ特定物ニ關スル債權ニ付テハ今日ノ我民法ニ於テハ引渡ニ關スル問題シカ殆ド一般ニ論ズベキモノハナイ、ソレハ又ドウ云フ譯デアルカト云フト、特定物ノ上ニ權利ヲ移轉シ又ハ設定スル、例ヘバ或土地ノ所有權ヲ移轉スル、或ハ其土地ノ上ニ地上權ヲ設定スル、或ハ質權ヲ設定スルト云フヤウナ場合ニ於テハ權利ハ當事者ノ意思ニ依ッテ直チニ移轉スルノデアル、權利ヲ移轉スル爲メニハ別段ノ行爲モ要件モイラス、ソレデスカラソレガ爲メニ債權ノ目的トシテ論ズベキコトハナイ、イツモ權利ガ當事者ノ意思丈ケデ移ルノダカラ更ニ又履行ヲ求メルコトハアリ得ナイ、契約其他ノ法律行爲ガ成立スルト同時ニ多クノ場合ニハ權利ガ移ル、或ハ一定ノ時カラ權利ヲ移スト云フ約束ナラバ其時カラ默ッテ居テモ移ル、唯附隨ノ行爲トシテ例ヘバ第三者ニ對抗スル爲メニハ不動產ニ付テハ登記ヲ要スル、是ハ權利ノ移轉シタト云フコトヲ第三者ニ對抗スルノ條件デアル、其事ハ物權編ニ於テ一般ニ規定ニ爲ツテ居

ルカラ此處デハ其事ヲ論ズル必要ハナイ、唯此處デハ引渡ノ事丈ケガ問題ニ爲ラグラウト思フ  
「引渡」ト云フコトハ如何ナルコトデアアルカト云フト占有ヲ移スト云フトデアリマス、普通ノ場合ニ  
ハ誠ニ明瞭ナコトデ私ノ持ッテ居ル此コトヲ相手方ノ手ニ渡スノデアアルガ、イツモ問題ガサウ明瞭  
デハナイ、所ガ此引渡「ト云フモノハ種種ノ目的ヲ持ッテ居ル、時トシテハ物權ヲ設定シ又ハ所有權ヲ  
全部移轉スルトキニ其權利行使ノ爲メニ必要ナル引渡ガアル、所有者ニナツテモ物ノ引渡ヲ受ケマセ  
ト其權利ヲ實際ニ行フコトガ始メ出來ナイ、地上權者トナツテモ物ノ引渡ヲ受ケナケレバ其上ニ建物ヲ  
立タタリ竹ヤ木ヲ植エタリスルコトガ出來マセスカラ矢張り引渡ヲ受ケネバナラスコトガアル、ソレ  
カラ動產ノ如キハ權利ハ當事者ノ意思丈ケデ移リマスケレドモ引渡ノアルマデハ第三者ニ向ッテ我ハ  
所有權ヲ取得シタト云フコトハ出來ナイ、故ニ此場合ニハ始メ引渡ガ權利設定ノ要素ニ爲ル(當事者間ニ於テモ)、  
三者ニ對スル要件デアアル、ソレカラ時トシテハ此引渡ガ權利設定ノ要素ニ爲ル(當事者間ニ於テモ)、  
ソレハ質權ノ設定ノ場合——質權ノ設定ハ物ノ引渡ニ依ッテ之ヲ爲ス、ソレマデハ質權ガ成立シナイ、  
ソレガ質權ト抵當權ト違フ所デアアル、動產デモ不動産デモ質物ト爲スニハ是非引渡ヲシナケレバナ  
ス  
此等ノ場合ニ於テハ引渡ハ甚ダ大切デアリマスケレドモソレハ何レモ權利移轉ニ牽連シタ問題デアアル、  
ソレデスカラ其一部分ハ矢張り物權ニ關スル規定ノ説明ニ於テ諸君ガ御聽キニナルデアラウシ、一部  
分ハ契約ノ各論ニ至ッテ諸君ガ御聽キニナルデアラウ、例ヘバ賣買ノ如キ之ニ關スル問題ガ起ッテ來  
ル、シテ見ルト同ジ引渡ニ關スルコト申シテモ此處デハ引渡ノミガ債權ノ目的デアル場合ニ付テ御  
話ヲスル必要ガアラウカト思フ、物ノ引渡ガ債權ノ目的デアル場合ニ於テハ引渡ヲ了ヘテサヘ仕舞ヘ

バソレデ債權ガ行ハレテ仕舞フ、ソレト同時ニ其債權ハ消滅スル、債權ハソレヲ行使シテ仕舞フトソレ  
デ消滅スルモノデアアル、サウスルト問題ハナクナラ仕舞フ、故ニ問題ノアルノハ其引渡前ノ事デアアル、  
特定物ノ引渡ヲ目的トスル債務ヲ負ウテ居ル者ハ其引渡マデニ於テドンナ義務ガアルカト云フ問題ガ  
此處テ論ズベキモノデアアル、ソレハ保存ノ義務ガアル、是ハ當然ノ事デス、保存シテ置カケレバ引渡  
スベキ時ニ其引渡ヲ爲スコトガ出來ヌ、唯保存シナケレバナラスナルト如何ナル注意ヲ以テ保存ス  
ベキカガ問題デアアル

其保存ニ注意ヲ爲スノト爲サザルニ因テ無クナルベキ物ガ無クナラズ、又ハ無クナルベカラザル物ガ  
無クナル、例ヘバ火災ガアツタ、動產ノ如キハ火災ノ場合ニ遠ニソレヲ傍キノ場所ニ移シタナラバ燒ケ  
ナイ、之ニ反シテ其場所ニ其儘置ケバ若シ家ガ燒ケルト共ニ其物モ燒ケル、又戸締ヲ能クシテ變レバ滅  
多ニ盜難ニ逢フコトハナイガ、戸締ガ悪い、甚シキハ戸締ヲシナイデ寢テ居レバ泥坊ノ這入ルノハ當然  
デアアル、不動産デモ建物ノ如キ矢張り火災ノ場合ニ注意シテ防禦ヲスルト燒ケスコトガアル、打遣ッテ  
置タト燒ケル、或ハ損所ノ出來タノヲ打棄テ置タト腐ル、ソレデスカラ保存ニ注意スル程度ニ依ッテ  
結果ガ大變違フ、故ニ保存ニ關スル程度如何ト云フ問題ハ羅馬法以來非常ニヤカマシイ問題デ  
アル、即チ注意ノ裏ヲ言ヘバ過失ニ爲ル、依ッテ茲ニ過失問題ト云ッテ民法上ノ最モヤカマシイ問題ノ  
一ツガ生ジテ來ル

羅馬法ニ付テ三過失論ト云フモノガ一時盛ニ行ハレタモノデアアル、ソレハ何デアアルカト云フト重過失、  
輕過失、最輕過失デアアル、是ハ名高イモノデアアリマスケレドモ今日デハ獨逸デモ佛蘭西デモ誤ッテ居  
ルト云フコトガ一般ニ認メラレテ居ル、即チ歐羅巴ノ中世ニ於テ法律學ノ衰ヘラ居タ間ニ平凡ナル學

者ガ斯様ナル説ヲ立テタノデ、ソレハ羅馬法ノ真意ヲ解シテ居ルモノデナイト云フコトガ今日デハ一般ニ認メラレテ居ル、然ルニ羅馬法ノ正シイ解釋トシテハ如何ナル説ヲ取ラネバナラスカト云フトソレハ今日多數ノ立法例ニ於テ採用セラレ我民法ニ於テ採用セラレテ居ルノ同ジコトデアル、ソレニ據リマス結リ過失ノ種類ヲ大別スルト二ツデ重過失ニ輕過失、重過失ト云フノハ普通人ガ必ズ爲スベキ丈ケノ注意ヲ爲サズ、即チソレヲ意ルノデアル、我民法ニモ重大ナル過失ト云フ言葉ガ遣ウテアル商法ニモ遣ウテアル、ソレ等ハ羅馬法デ謂フ「重過失ニ當ル、ドウ云フコトカト云フト近火デ例ヘバ隣マデ火ガ附イテ燃エテ居ル、其場合ニ木造ノ家デアルナラバ（煉瓦造、石造ダト違フ）自分ノ家ガ燒ケルノハ殆ド當リ前デアル、サウ云フ場合ニハ防禦ニ非常ニ手ヲ盡スト燒ケナイコトガアルガ續續ナドデハ大抵ムヅカシイ、故ニ荷物ヲ手廻シノ出來ル限リハ持出スト云フノガ普通人ノ必ズ爲ス注意、ソレヲ隣マデ燒ケテ來テ居ルノニ荷物ノ一ツモ出サナイノハ重過失ト言ハネバナラス、能ク昔ノ御幣擔ギナドニハ庭ニ荷物ヲ出シテ水天宮ノ御札ヲ張テ安心シテ居ルナドト云フノガアルガ、是ハ確ニ重過失デアル、ソレカラ夜戸締ヲシナイデ寢テ盜難ニ遇フナドト云フノハ重過失、成程昔ハ夜、戸ヲ鎖サズト云フノ太平ノ象トシテ喜ンダケレドモ今日ハサウハイカス、今日ノ世ノ中ニ夜、戸ヲ締メズニ寢ル者ガアルケレドモ、ソレデ人カラ預タ物ガ無クナツタナドト云フトキハ必ズ重過失ト謂ハネバナラス、ソレカラ「輕過失ト云フノハ細別シテ二ツニナル、ソレハ抽象的過失ニ具體的過失ト謂ハネバナラス、ソレハ善良ナル管理者ノ注意ヲ缺クコト、即チ管理ヲ能ク注意シテ爲ス人ノ注意ヲ爲サズノデアル、管理者ト云フノハ是ハ法律語トシテ今日一般ニ行ハレテ居リマスケレドモイッモ物ノ管理ニ付テ謂フノデハナイ、兎ニ角物ノ保存ニ付テ通常人ヨリハ一層注意ノ深い人ガ善良ナル管理者、ソレノ爲スベキ注意、

メ異ナリタル影響アレハ原因力アリトスル説ヲ是認ス

外部ノ行爲ハ如何ナル條件ヲ具フレハ原因タル力ヲ有スルヤト云フ問題ニ付テハ之ヲ決スルニ付キ種種ノ學說アリ之ヲ大別シテ左ノ二種トス

(一)一派ノ説ハ結果ヲ惹起ス多クノ事情ノ中ニ就キテ稍、大ナル働ヲ爲スモノハ原因ナリ其他ノ事情ハ單ニ結果ニ對スル條件ト名クヘク原因ト謂フヘカラスト爲セリ此主義ニ屬スル學說ノ中ニモ尙ホ種種ノ細別アリト雖モ要スルニ結果ヲ生スル事情ヲ分チ原因ト原因ニ非サル條件ト二ト爲スハ其實根本ニ於テ不當ナリト謂ハサルヲ得ス他語ヲ以テ言ヘハ荷モ結果ヲ生スル上ハ一ノ原因ト看做ササルヘカサルカ故ニ予ハ此第一說ニ左祖スル能ハス

(二)第二種ニ屬スル學說ハ結果ヲ生スヘキ事情ヲ眞ノ原因ト原因ニ非サル條件トニ分ツコトヲ爲サス尙ホ其原因力ヲ有スルト否トハ裏面ヨリ觀察スル方法ヲ探レリ今問題ト爲レル犯人ノ行爲カ存在セサリシト假定スルモ結果ノ上ニ何等ノ影響ヲ受ケサリシコト例ヘハ人ヲ殺サン爲メ毒藥ナリト信シ水ヲ與ヘタルニ被害者ハ固有ノ疾病ノ爲メ斃レ而シテ其水タルト否トニ關係ナキカ如キ場合ニ於テハ其行爲ハ原因力ナカリシモノト認メ之ニ反シテ其行爲カ存在シタルカ爲メニ外界ニ或影響ヲ與ヘタルコトヲ除クコト例ヘハ今將ニ死セントスル人ニ殺意ヲ以テ更ニ有害ノ飲食物ヲ與ヘテ即死セシメタル如キ場合ニ於テハ原因アリト認ムルナリ

一三 此説ヲ採レハ左ノ場合ハ何レモ作爲ノ原因アルコトヲ認メサル可ラス  
(1)作爲カ他ノ原因ト共同シテ結果ヲ惹起シタル場合

例ハハ甲カ乙ヲ殺スノ意思ヲ以テ其胸部ヲ突キタルニ乙ハ豫テ心臟病ニ罹リシカ爲メ即死セリト假定セシ此場合ニ乙ノ即死ハ甲ノ毆打ト云フ行為ト乙ノ心臟病トカ共同シテ生シタル結果ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ甲ノ毆打シタル行為ナカリシト假定スレバ乙ノ病氣モ之ト共同スルニ至ラス隨テ乙ハ死亡スルニ至ラサルカ故ニ毆打ハ其原因ノ一ト謂ハサルヘカラス之カ爲メ甲カ殺人既遂ノ處分ヲ受ケサルヘカラサルコトハ何等ノ疑ヲ容レズ尙ホ一步進メテ人間ノ行為ハ常ニ自然力又ハ其他ノ力ノ共同スルカ爲メニ或結果ヲ生スルモノニシテ純然タル唯一ノ原因タルコトナシト謂ハサルヘカラス若シ之ニ反シテ共同原因アル場合ニ罪ヲ成サスト云フトキハ必ス他ノ共同者アル結果トシテ人間ノ行為ノ罪ト成ル場合ナシト謂ハサルヘカラスニ至ルヘシ

(2) 作爲ト共同シタル他ノ原因カ最有力者又ハ卒先者若クハ續發者タリシ場合  
前ニ掲ケタル例ニ於テ醫師ノ鑑定上毆打ト共同シテ死ノ原因ト爲リシ病氣(共同原因)カ死ヲ惹起ス最モ重大ナル力ヲ有シタリトスルモ亦毆打行為以前ヨリ存在セシモノ即チ卒先者ト假定スルモ又少シク例ヲ換ヘテ毆打ノ爲メ續キテ心臟痙攣ヲ起シテ其續發原因ノ爲メ死シタリトスルモ甲ハ常ニ殺人ノ結果ヲ生シタリト謂ハサルヘカラス

(3) 到底生スヘキ結果ナリト雖モ作爲カ其時期ヲ早メタル場合

例ハハ二三日ノ中ニ死スヘキ病者ヲ斬殺スルカ如シ僅カ二三日ノ死期ヲ早メタルニ過キサルモ數十年保ツヘキ人命ヲ斷ツモ等シク殺人罪ナリ生ケル者ハ必ス死スルカ故ニ法律上死ノ原因ヲ與ヘ入ヲ殺セリト云フハ常ニ死ノ時期ヲ早メタルニ外ナラス物ハ必ス離散スル時期アルヲ以テ法律上物ヲ

壞スルト云フハ破壊ノ時期ヲ早メタルニ過キサルコトヲ注意セサルヘカラス

(4) 作爲カ既ニ發生ノ途ニ在ル結果ノ容積、面積、數量、勢力等ヲ増加シタル場合  
作爲カ結果ノ容積、面積ヲ増加シタル場合ト云フハ例ハハ雨ノ爲メ些ノ水害アル地方ニ於テ堤防ヲ破壊シテ大洪水ト爲スノ類又數量、勢力ヲ増加スル場合トハ例ハハ病人ニ毒ヲ食セシメタル如シ此場合ト雖モ結果ヲ與ヘタリト謂ハサルヘカラス

一四 因果連絡アル作爲ハ刑法各條ノ禁止關係ニ對シ罪ト成ル可キ行為タリ

刑法ノ各本條ヲ三種ニ大別シ第一種ヲ禁止規則、第二種ヲ命令規則ト爲シ禁止ノ種類ニ屬スル法文ニ對シテハ作爲ニ因リテ罪ト成リ命令ノ種類ニ屬スル法文ニ對シテハ不作爲ニ因リテ犯罪成立スト論スル者佛學派ニ多シト雖モ是レ誤ナリ刑法ノ各本條ハ各條毎ニ禁止ノ方面ト命令ノ方面ト二箇ノ方面ヲ有スルモノニシテ作爲ハ其禁止ノ方面ニ對シテ罪ト成ルヘキ行為タリ不作爲ハ命令ノ方面ニ對シテ罪ト成ルヘキ行為タリ例ハハ第二九二條ノ謀殺ノ條文ノ如キモ死ノ原因ヲ與フヘカラスト云フ禁止ノ關係ヲ有スルカ故ニ死ノ原因ヲ與フル性質ヲ有スル作爲ハ此禁止關係ヲ破リテ罪ト成ルモノナリ然レトモ同一條文ハ場合ヲ限リテ人ノ死亡ヲ救フコトヲ命令スルモノナルカ故ニ親カ殺意ヲ以テ嬰兒ニ衣食ヲ供給セストノ不作爲アレハ其不作爲ハ謀殺ノ罪ト爲ルヘキ行為ナリト謂フコトヲ得ルモノトス

- |     |        |          |
|-----|--------|----------|
| (1) | 第三四〇條等 | 命令規則     |
|     | 第二九二條等 | 不作爲規則    |
|     |        | 禁止規則     |
|     |        | 作爲規則     |
| (2) | 第三四〇條  | (1)命令規則  |
|     | 第二九二條  | (2)禁止規則  |
|     |        | (2)(1)命令 |



一五 作爲ト其物界ノ影響トノ間ノ因果連絡ニ付キ

(1) 自然力又ハ人力(有責無責)介入シテ作爲當然ノ影響ヲ防止シタル場合ニハ真正ナル因果連絡ノ中斷アリタルモノトス

例ヘハ甲カ放火ノ意思ヲ以テ或家屋ニ火ヲ放チ何人ヨリ之ヲ觀ルモ因テ放火ノ所爲タルヤ其家屋ヲ燒燬スルニ足ルモノト認ムル場合ニ於テ偶然自然力ニ因リテ其將ニ起ラントシタル燒燬ノ結果ヲ防止シタルコト例ヘハ家屋カ燒燬セントスルニ際シ驟雨ノ爲メニ其火勢消滅シテ燒燬ノ結果ヲ生セスシテ止ミタル場合又ハ責任アル他人ノ力ニ依リテ防止セラレタルコト例ヘハ消防夫ニ依リテ其燒燬ヲ防止セラレタル場合又無責任ナル他人ノ力カ之ヲ防止シタルコト例ヘハ發狂者カ其燒燬スル火ヲ撲消シタル場合又犯人自身カ之ヲ防止シタルコト例ヘハ甲カ自ラ放火シテ自ラ之ヲ防止シタル場合此ノ如キ場合ニ於テ犯人ハ如何ナル責任ヲ負フヤト云フ責任問題ハ一異ナリ得ルモノナリト雖モ外部ノ原因、進行力中斷サレテ結果ヲ生スルニ至ラスシテ止ミタルトキハ真正ナル因果連絡ノ中斷アリトス

甲 加害者  
新(作爲)原因

1. 自然力、出血、負傷

2、他人ノ有責行為

3、他人ノ無責任舉動

4、自己ノ中止

結果

茲ニ一ノ注意スヘキ點アリ前ニ示シタル例ニ於テ犯人カ放火ノ意思ヲ事實ニシタルニ拘ハラヌ燒燬ト云フ結果ヲ生セスシテ止ミタルカ故ニ遂ニ其原因ハ進行ヲ妨ケラレテ當然ノ結果タル燒燬ト云フ事實生セスシテ止ミタルヲ指シテ因果連絡ノ中斷ト名ケタルモノトス之ヲ解シテ何等ノ結果ヲモ生セスト爲スカ如キハ到底正當ナル法律ノ解釋ニ非ス其原因ノ進行ノ中斷サルルマテニ種種外部ニ生シタル變更ハ同シク作爲ヨリ生シタル結果ニシテ乙カ負傷セリト云フ如キ既存ノ結果ニ付キ新ニ責任及ヒ處分ノ問題ノ生シ得ヘキコトヲ知ラサルヘカラス

(1) 自然力又ハ責任ナキ人力介入シテ作爲當然ノ影響ト同一ノ影響ヲ起シタル場合ニハ因果連絡中斷サルルコトナシ

例ヘハ一度火ヲ放チタル後俄ニ大風起リテ其火力ヲ増加スルカ又ハ幼者、發狂者カ油ヲ注シカ如シ無責任舉動ニ因リテ作爲當然ノ同性質ノモノヲ生セシメタルトキハ行為者ハ其終局マテ結果ヲ與ヘタリト云フコトヲ要シ因果ノ連絡ハ中斷セラレサルモノトス此論旨ハ曩ノ十三號ノ説明ト相表裏シテ同一ニ歸著スルモノトス

甲 加害者

放火

1、風

2、責任無能力者油ヲ注ク(小供、發狂者)

3、無責任暴動(不知情)

燒燬

(3)責任アル人カ介入シテ作爲當然ノ影響ト同一ノ影響ヲ起シタル場合ニハ其責任ヲ新ニス之ヲ因果連絡ト名クルハ不當ナラン

例ヘハ甲カ殺意ヲ以テ乙ヲ斬リ致命傷ヲ與ヘタリ然ルニ更ニ丙ナル者來リテ死ニ垂ントスル乙ヲ更ニ斬殺即死セシメタリト假定セシニ甲ノ斬ト云フ事實ハ丙ノ斬ト云フ行為ノ上ニ及フ死ト云フ結果ノ上ニ事實上因果ノ連絡ハ存在スヘシト雖モ責任行為カ途中ニ増加シタル場合ハ其外部ノ因果連絡ニ關シ新ナル負擔者ヲ生シタルモノナルヲ以テ責任ヲ新ニスト謂ハサルヘカラス此場合ニ乙ノ死ト結果ハ丙ノ生セシメタルモノト爲シテ之カ處分ヲ爲シ甲ハ單ニ乙ニ傷ヲ負ハシメタル結果未遂犯ノ處分ヲ受クヘキモノナリ

介入シタル他人ノ行為カ過失ニ出ラタル場合ニ於テ因果連絡中斷セスト論スル學者アリト雖モ(獨逸ノリスト博士其他)予ハ此場合ニ於テモ責任アル行為ノ介入スル場合ナルカ故ニ爾後ノ結果ハ過失者ノ責任ニ歸スヘキモノナリト信ス例ヘハ前例ヲ少シク變シテ負傷者タル乙ヲ病院ニ送ル間ニ於

テ車夫カ過テラ之ヲ水中ニ墜落シテ溺死セシメ若クハ病院ニ於テ醫師カ不注意ニ因リテ(有害物例ヘハ普通藥ナリト信シテ劇藥ヲ與ヘタルカ如シ)遂ニ即死セシメタル場合ニ於テハ車夫又ハ醫師ハ過失犯ニ處シ斬者ハ殺人未遂ヲ以テ論スヘク過失アリタル時ヨリ責任ノ問題ハ新ニスヘキモノト信ス(獨逸ノ學者ハ多クハ之ニ反對スルモノノ如シ)

### 第三節 消極行為

一六 消極行為一名不作爲(Untersagung, Inaction, laiser faire)トハ物界ニ一定ノ影響ヲ惹起スヘキ原因ノ進行ヲ遮斷セサル任意ノ舉動ヲ謂フ結果ノ發生ヲ防止セスト云フニ同シ進行中ノ原因カ自己ノ行為ヨリ起レルト自己以外ノ人又ハ人以外ノ動ヨリ起レルト區別セス

曩ニ積極行為即チ作爲ヲ説明スルニ當リテ注意シタル如ク作爲ト不作爲トノ區別ハ身體ノ舉動ヲ以テ或事ヲ爲スト爲サルトノ區別ヲ謂フニ非ス作爲ハ一定ノ結果ヲ惹起スヘキ原因ヲ與フル性質ノ舉動ヲ謂ヒ不作爲ハ既ニ進行シツツアル原因ノ進行ヲ防止セスト云フニ止マリ結果ヲ惹起ス動ナキ舉動ヲ謂フ今此區別ヲ明瞭ナラシムル爲メ一例ヲ示セハ親カ其兒ヲ餓死セシムル手段トシテ赤兒ヲ家ニ留メテ遠方ニ旅行シタルニ因リ赤兒カ死シタリト假定セシ是レ果シテ作爲ニ因ル殺人行爲ナルカ不作爲ニ因ル殺人行爲ナルカ若シ身體ヲ以テ或事ヲ爲シ若クハ動クコトヲ作爲ト謂フトキハ旅行ナル作爲ニ因リテ小兒ヲ殺シタリト謂ハサルヘカラス然レトモ若シ死ノ原因ヲ與フル動有スルヤ否ヤヲ標準トシテ作爲ト不作爲トヲ分ツトセハ此場合ハ餓餓ヲ防カストノ消極ノ關係アルノミ換言

スレハ死ノ生スルヲ妨ケストノ消極關係アルニ過キサルヲ以テ此例ニ云フ親ハ不作爲ニ因リテ小兒ヲ殺シタルモノト謂ハサルヘカラス予ハ後ノ標準ニ依リテ斯ル場合ヲ不作爲ノ犯罪ト認ムルナリ前段ニ示シタル例ハ新陳代謝ナル生理上ノ自然ノ働ニ因リ小兒ノ死ニ向ヒツアルヲ妨止セスト云フニ過キス今少シク例ヲ換ヘテ此種ノ原因カ自己ノ行為ヨリ來レルコト例ハ無意識ニ火鉢又ハ洋燈ヲ覆シ既ニ火ヲ發シタルヲ知リナカラ家ヲ燒クノ意ヲ以テ消止メサルカ如キ又ハ自己以外ノ人ノ働ヨリ來レルコト例ハ發狂者ノ火ヲ放チタルヲ知リナカラ監督者カ故ラニ消止メサルカ如キ其原因カ自然ノ働ヨリ生スルト自己ノ働ヨリ生スルト他人ノ働ヨリスルトヲ分タス任意ニ其進行ヲ遮斷セストノ舉働アレハ之ヲ名ケテ不作爲ト謂フ但其不作爲ニ因リテ罪ト成ルノ條件ハ次號ノ説明ニ譲ル

一七 不作爲ニハ原因ノ進行ヲ遮斷セスト云フ消極關係アルニ過キ其犯罪ノ要素トナルハ原因ノ進行ヲ遮斷スヘキ國法上ノ義務アル者任意ニ遮斷セサル場合ナラサル可ラス

如何ナル場合ニ不作爲ハ罪トシテ罰スヘキ行為ト爲ルヤトノ問題ハ古來多クノ説ヲ生シ今日ニ至ルモ尙ホ未タ一定ノ學說ナキ難問ナリ

- (一) 佛蘭西派ノ學者ハ不作爲ハ命令法文ニ對シテノミ罪ト成ル行為ナリト主張スト雖モ其說ノ非ナルハ後ノ二十號ニ之ヲ述フヘシ
- (二) 獨逸派ノ學者ノ中一派ノ者ハ不作爲カ原因タル働ヲ有スル場合ニノミ罪ト成ルト前提シテ

其如何ナル場合ニハ原因タルノ働ヲ有スルカノ點ニ於テ種種ノ異ナリタル學說ヲ主張セリ然レトモ不作爲自身ハ如何ナル場合ニ於テモ原因タル働ヲ有セスト認メサルヲ得サルヲ以テ此派ニ屬スル學說ハ我輩ノ採ラサル所ナリ

(三) 第三ハ法律上原因ヲ遮斷スヘキ義務アル者カ殊ニ其結果ヲ生セシムル故意ヲ以テ其原因ノ進行ヲ防止セサル場合又ハ過失ニ因リテ防止セサル場合(過失ニ出ツル場合ニハ議論駁ル)ノミヲ罪ト爲スト主張ス予ハ第三ノ説ヲ正シト信ス

不作爲ニ原因タル働ナシトシテ如何ナル場合ニ罪ト成ルカト云ヘハ原因ノ進行ヲ止ムヘキ義務アル者カ故意又ハ過失ニ因リテ止メサルトキニ限リ罪ト成ルトスルノ説ヲ適當ト信スルナリ故ニ親カ小兒ヲ殺スノ意ヲ以テ飲食物ヲ與ヘサレハ不作爲ニ因ル殺人罪ト爲ルコトヲ得ト雖モ何等義務ナキ者例ヘハ隣人カ知リテ之ヲ放任シタル場合ニハ隣人ハ殺人罪ヲ以テ問フコトヲ得ス發狂者水中ニ落テテ溺レントシ監督義務者殺意ヲ以テ放任スレハ不作爲ニ因ル殺人罪ト爲ルコトヲ得ルト雖モ無關係者同様に態度ヲ採ルモ罪ト成ラス過失ニ出ツル場合ニモ同一ナルカ故ニ不注意ニ因リテ結果ヲ防止セサル場合ニハ不注意ヲ以テ結果ヲ生セシメタルト同一ノ罪ト成ル

一八 序上ノ義務ハ其因テ生スル法令ノ種類如何ヲ問ハサルナリ

刑法以外ノ法令ヨリ生スル義務ニ背キタル不作爲ノ爲ニ刑法上ノ罪トナルハ一見奇ナルカ如シト雖モ其實他ノ法令ノ義務ニ背クト同時ニ刑法ヲ破ルヲ以テ刑法上ノ罪トナルニ過キス

親ハ小兒ヲ保育スヘキ民法上ノ義務ヲ負フモノナリ其義務ヲ有スル者ハ殺意ヲ以テ衣食ヲ給セサル如キ場合ニ不作爲ニ因ル殺人罪成立ス而シテ此類ノ義務タルヤ行政法上ノ義務タルト商法、訴訟法等ヨリ來ル義務タルト或ハ箇箇ノ契約ニ出テタルト其由テ來ル所ヲ區別セズ  
刑法以外ノ法令ヨリ積極ノ義務ヲ負ヒ而シテ刑法上ノ罪ト成ルトキハ恰モ刑法ニ非サル法令ニ觸レテ而シテ刑法上ノ罪ト成ルカ如キ外觀アリト雖モ此ノ如ク觀察スルハ誤ナリ他ノ法令ニ依リテ積極義務ヲ負フト云フハ罪ト成ルノ條件ノ一ニ過キス恰モ官吏タル身分ヲ必要トスル罪ハ行政法上官吏タル資格ヲ有スルコトヲ必要トシ所有權ヲ侵害スルノ罪カ成立スルニハ民法ノ關係ニ於テ自身所有權ヲ有セザリシトノ條件ヲ必要トスルト同一ノ理ナリ此ノ如ク積極ノ義務アル者カ殺意ヲ有シ(刑法上ノ有罪條件)而シテ其殺意ヲ遂クル爲ニ不作爲ノ態度ヲ採ル(亦同シク刑法上ノ有罪條件等ノ刑法ニ要スル有罪條件ヲ具ヘテ始メテ罪ト成ルト主張スルモノナルカ故ニ毫モ不都合ナル主張ト謂フヘカラス行政法上ノ官吏タル資格ヲ具ヘテ始メテ罪ト成ルト主張スルモノナルカ故ニ毫モ不都合ナル主張ト謂ルト毫モ其論理ニ異ナル所ナシ

一九 作爲ノ場合ニハ因果連絡アルヲ必要トシ不作爲ノ場合ニ之ヲ必要トセサル理由如何作爲ヲ原因トシテ認ムルニハ假ニ其作爲ナカリシトスレハ結果ヲ生セザリシトノ關係アルノミヲ以テ足レリトス今爰ニ掲クル不作爲ヲ見ルニ亦全く同一ノ價值アリ國法上ノ義務ヲ履行シ原因ノ進行ヲ遮斷セハ……即チ假ニ此不作爲ナカリシトセハ……之ヲシテ結果ヲ惹起スルニ至ラシメザリ

シコトヲ得國法上ノ價值差別ナシ是其因果ノ連絡ナクシテ罪トナルヲ妨ゲサル所以ナリ

作爲ハ結果ヲ惹起スルノ始ヲ有シ不作爲ハ唯結果ヲ妨ゲスト云フニ止マリ結果ヲ惹起スルノ勸ナシ是レ兩者ノ性質ニ於テ混同スヘカラサルノ區別ト謂ハサルヘカラス而シテ作爲ハ結果ヲ惹起スルノ力アルノ點ニ於テ其レ自身罪ト成ルヘキ性質ヲ有ス之ニ反シテ不作爲ハ或結果ヲ起ルヲ妨ケヘキ義務カ有罪條件ノ一ト爲ルモノニシテ因果ノ連絡アル爲メニ非ス義務ナル無形ノ關係ヲ有スルカ爲メニ罪ト成ルモノナリ性質ノ異ナルコト此ノ如シト雖モ斯ク作爲ノ場合ニ述ヘタル如ク裏面ヨリノ觀察ヲ以テ其價值ヲ定ムルトキハ若シ其義務サヘ履行スレハ結果ヲ生セシメスシテ止ムコトヲ得タリト云フ點ニ於テ作爲ト同一ノ價值ヲ有スト謂ハサルヘカラス是レ義務ニ反スル不作爲ニシテ原因力ヲ有セシメテ罪ト成ルコトヲ得ル所以ナリ

二〇 義務ニ背ク不作爲ハ刑法各條ノ命令關係ニ對シ罪ト成ル可キ行為タリ本文ニ云フ所ハ總ニ作爲ニ關シテ十四號ニ說明シタル所ト相表裏シテ同一ノ論據ヨリ生スル刑罰法令ハ其總テノ條文ヲ禁止ノ關係ト命令ノ關係トヲ有ス例ヘハ殺人ニ就テ言ヘハ死ノ原因ヲ與フヘカストノ禁止ハ死ノ原因ヲ破壞スヘシトノ命令ヲ含ム不作爲ハ斯ル場合ニ其原因ヲ破壞セスト云フニ依リテ罪ト成ルカ故ニ結局刑法各條ノ命令關係ニ對シテ罪ト成ルヘキ行為ト謂ハサルヘカラス

#### 第四節 手段方法



二一 吾人ノ有スル手段ノ觀念ニ甲乙二種アリ甲種ノ手段ハ一定ノ行為ニ必要ナリトシテ探ル所ノ先行行為ヲ指シ乙種ノ手段ハ行為ノ具體的外形ヲ指ス第一ノ意味ニ於ケル手段ハ尙ホ之ヲ略シテ言ヘハ人カ一定ノ行為ヲ爲スニ必要ナリトシテ探ル所ノ先行行為ナルカ故ニ單ニ必要ノ先行行為ト云フコトヲ得例ヘハ人ヲ殺スニ必要ナル刀ヲ盜ムカ如シ人ヲ殺スト刀ヲ盜ムトハ固ヨリ別種ノ行為ナリト雖モ其竊取ト云フ行為ハ殺人行為ニ必要ナリト爲シタルモノナルカ故ニ此關係ヲ指シテ手段ニ供シタリト謂フ

右必要ノ先行行為ト云フハ尙ホ詳シク言ヘハ主觀的ノ意味ト客觀的ノ意味ト二様ニ分ツコトヲ得主觀的ニ言ヘハ本人カ必要ナリト信シテ實行シタル場合ヲ謂ヒ事實上ノ必要、不必要ヲ區別セスニ反シテ客觀的ニ必要ナル行為ト云フハ若シ其行為ヲ探ラサレハ目的トシタル行為ヲ達スル能ハサル性質ヲ有スルモノヲ謂フ而シテ吾人カ手段ト名クル先行行為ニハ此主觀的ノ意味ト客觀的ノ意味ト雙方ニ通シテ用フルモノト謂ハサルヘカラス

他ノ一ノ意味ハ行為ノ概括的、抽象的外形ニ對シ其具體的外形ヲ指シテ同シク手段ト稱ス例ヘハ人ノ生命ヲ奪フ性質ノ行為ハ其總テヲ概括シテ抽象的ニ殺人行爲ト謂フ然ルニ其實際簡便ノ場合ニ現ハル外形ハ或ハ斬或ハ絞或ハ銃殺或ハ溺死等種種ノ區別ヲ有スルモノニシテ其簡便ノ外形ヲ手段ト名ケ斬ヲ手段トシテ人ヲ殺セリ又ハ絞ヲ手段トシテ人ヲ殺セリト稱ス此第二ノ意味ニ於ケル手段ハ結局行為ノ具體的外形ナリト謂ハサルヲ得サルナリ

甲種ノ手段タル行為ハ刑法力之ヲ他ノ行為ニ併合セサル限ハ獨立ノモノニシ

テ獨立ノ罪トナルコトアリ

必要ノ先行行為ト云フ意味ノ手段ハ原則トシテハ獨立ノ行為ニシテ獨立ノ罪ト成ルモノナリ之ヲ先ニ揭ケタル例ニ付テ觀察スルニ月ノ竊取ハ人ヲ殺スニ付キ主觀的又ハ客觀的ニ必要ナリトスル行為ニシテ其手段ナリト謂フコトヲ得ト雖モ獨立ノ行為タル以上ハ獨立ノ罪ト成ルヲ原則トシテ竊盜罪ヲ以テ論セサルヘカラス若シ之ヲ使用シ人ヲ殺シタルトキハ竊盜ト謀殺トノ二罪俱發タルヘシ手段ニ供シタル行為ハ目的トシタル行為ニ吸收サレテ別罪ヲ構成セスト論スル者尠カラサルモ廣ク此ノ如ク斷定スルハ誤ナリ若シ手段カ目的トシタル行為ニ吸收サルコトヲ要スルナラハ竊盜ノ爲メ火ヲ放チタルトキハ放火罪ハ竊盜罪ノ中ニ吸收サレ甚シキハ他人ニ贈與スル爲メ金錢ヲ奪フハ罪ト成ラスト論セサルヘカラサルニ至ルヘシ目的タル行為ヲ以テ手段タル先行行為ノ罪ノ有無ヲ斷定スル能ハサルハ此例ニ就テ觀ルモ明カナリ

必要ノ先行行為ハ唯手段ニ供セラレタリト云フ理由ノミヲ以テ獨立罪ヲ成サスト云フ能ハスト雖モ法律ノ明文又ハ精神ニ於テ目的トシタル行為ニ併合サレタル場合ハ之ニ合シテ一罪ト成ルハ勿論ナリ第三八六條ノ如キ之ニ相當ス此類ノ規定ハ數多アリ例ヘハ第三七八條ノ場合ノ如シ尙ホ第三編第四章第二節ヲ參照スヘシ

乙種ノ手段ハ罪ト成ルヘキ各行爲ノ具體的外形ニ外ナラサルヲ以テ(1)其行為ト手段トハ同一體ヲ爲シ且ツ(2)手段ノ如何ハ犯罪ノ成否ニ關係ナキヲ原則トス

行為ノ具體的外形ト云フ意味ノ手段ハ第一ニハ行為其モノト全然別種ノモノト云フ能ハス單ニ其外形ノミヲ手段ト云フニ外ナラサルヲ以テ之カ爲メ獨立ノ罪ト成ラサルハ勿論罪名ノ如何ニモ影響セサルモノトス此點ニ付テモ特ニ反對ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス第二九三條ノ如シ第二ニハ罪ノ成立不成立ニ關係ヲ有セサルヲ原則トス斬モ絞モ共ニ殺人ト爲ルヲ見テ此理ヲ知ルヘシ

## 第五章 有責行為

### 第一節 通則

一 責任ト謂フ語ニ三種ノ意味アリ一ハ義務ノ意味ニ用ヒ一ハ制裁ノ意味ニ用ヒ一ハ物心兩界ノ連絡ノ意味ニ用フ本章ニ論スル所ハ最後ノ意味ニ於ケル責任ナリ

例ヘハ兒ヲ育ツルハ親ノ責任ナリト云フカ如キ場合ニハ其責任ノ意味ハ義務ノ意味ニシテ親ハ兒ヲ育ツル義務アリト云フニ等シ又或行為ニ對シ如何ナル民事責任アリヤト云フカ如キ場合ハ其責任ハ制裁ノ意味ニシテ其行為ニ付キ民事上如何ナル制裁アリヤト云フニ同シ然レトモ本章ニ謂フ所ノ責任ハ斯ル意味ヲ有スルモノニ非スシテ外部ノ原因結果ノ積極消極ノ關係ヲ人ト連絡セシムル所謂物心兩界ノ連絡ト云フ意味ナリ若シ之ヲ明カニセスシテ責任ト云フ語ニ拘泥スルトキハ本章ノ説明ハ全ク無意味ニ了ルコトヲ注意セサルヘカラス

二 犯罪ノ成立スルニハ身體ノ舉動ナカル可ラス且ツ其舉動ハ刑罰法令ニ列舉サレタルモノナラサル可ラスト雖モ尙其舉動ニシテ責任ナキモノナルトキハ有責行為ノ一種タル犯罪成立スルコトナシ

單ニ外部ニ積極又ハ消極ノ結果關係ヲ有スル舉動アリシニ止マリ之ヲ其舉動ノ本人ニ連絡スヘキ責任ノ要素ヲ具ヘサルトキハ刑法ノ目ヨリ觀レハ一場ノ時變タルニ止マリ人間ノ行為特ニ罪ト成ルヘキ行為トシテ論スルコトナシ犯罪ハ根本ヨリ不成立トス

右ニ述フル原則ハ全ク例外ナキ一大原則ニシテ責任能力ナキ者ノ舉動及ヒ能力者カ責任條件ヲ具ヘサリシ舉動ハ刑法上斷シテ罪ト成ル場合ナシ

三 身體ノ舉動ヲ目シテ責任アル行為ナリト爲スニハ(1)責任能力アル者ノ舉動タルヲ要シ(2)責任條件(故意又ハ過失)ヲ具ヘタル舉動タルヲ要ス

有責行為ト云フハ責任能力ヲ有スルト責任條件ヲ具フルトノ二ヲ合セタル舉動ヲ謂フ故ニ其一方ノ何レヲ缺クモ無責任舉動トシテ刑法上何等ノ罪ナシ將來講義ノ中ニ於テ有責行為又ハ責任アル舉動ト云フ語ヲ用ヒタルトキハ常ニ責任能力者カ責任條件ヲ具ヘテ爲シタル舉動ヲ謂フト知ルヘシ

四 意思自由……別說選擇自由……ヲ責任條件ノ一ニ數ヘ抗拒ス可ラサル強制ニ遇ヒ已ムコトヲ得サルニ出テタル行為ハ意思ノ自由ヲ缺クニ基ク無責任ノ場合ナリトスル學說立法例尠カラス我現行刑法第七十五條第一項亦然リ後

## 第六章第三節ニ至リ説述スル所アラン

### 第二節 責任能力

五 責任能力ハ精神ニ故障ナキ者及ヒ其發育十分ナル者ニ非サレハ之ヲ有セ  
ス故ニ刑法ハ精神ニ故障アル者及ヒ幼者瘖啞者ノ舉動ヲ無責任トスルノ規定  
ヲ設ク(不論罪ト云フ語ハ明瞭ヲ缺ク)

人ノ智識ハ恰モ其身體ノ如クニ漸ヲ追ヒテ發達スルノミナラス一定ノ年齢ニ達シタル後モ疾病又ハ  
不具ノ爲メ到底通常人ノ智識ヲ具フル能ハサル者アルハ爭フヘカラサル事實ナリ刑法ハ普通ノ智識  
ヲ有スル者ニ對シ一定ノ行爲ヲ禁止若クハ命令スル方針ヲ以テ編纂サルルモノナルカ故ニ此ニ刑法  
上無能力者ヲ認ムルノ必要ヲ生ス

支那法系ニ屬スル刑法ニ於テハ幼者又ハ老者若クハ病者、不具者ノ類ニ對シテハ之ヲ憐ミ若クハ敬  
フノ精神ヨリシテ刑ノ全免又ハ減刑ヲ與フルコトアリト雖モ羅馬法系ニ屬スル犯罪無能力論ハ斯ル  
憐慈又ハ尊敬ノ精神ヨリ出タルニ非シシテ法令ハ普通人ヲ標準トシテ之ヲ規定スヘシト云フノ原  
則ヨリ來レルモノナリ

現行刑法ハ責任能力及ヒ責任條件ヲ缺クニ基ク無罪ノ場合ヲ稱シテ不論罪ト名ケタリ(七五條以下  
八四條)此文字ハ罪アレトモ刑ヲ科セストノ意味ナルカ全然犯罪成立セストノ意味ナルカ明瞭ヲ缺  
クノ缺點アリ而シテ第七五條以下ノ表題タル不論罪ハ學理ヨリ解釋スレハ疑モナク犯罪不成立ノ意

味ナリ罪アリテ刑ナシトノ意味ニ非サルコトヲ注意セサルヘカラス

六 佛蘭西派ノ學說ハ精神ニ故障アル者及幼者瘖啞者ノ舉動ハ之ヲ辨別ヲ缺  
クニ基ク無責任行爲ト稱シ獨逸派ノ學說ハ多ク之ヲ能力ナキニ基ク無責任行  
爲ト稱ス(精神ノ作用又ハ發育完カラサル場合ニハ辨別ノミニ故障アルニア  
ラスト云フテ理由トスルニ似タリ)

現行法ハ佛蘭西法ノ影響ヲ受ケテ例ヘハ第七八條、第八〇條等ニ於テ「辨別」ト云フ文字ヲ用ヒ辨別  
ノ有無ニ依リ罪ノ有無ヲ決セシメントスルノ規定ヲ置ケリ然レトモ辨別ハ事物ノ是非善惡ヲ識別ス  
ルノ智能ナリ幼者、發狂者等ノ精神ノ不完全ナルハ必スシモ斯ル倫理思想ノ一方ニ止マラスシテ全  
體ノ上ニ於テ普通人ニ及ハサル所アリ隨テ學理上ヨリ言ヘハ單ニ精神不十分ト謂フ廣キ意味ヲ以テ  
無能力ト稱スルヲ至當トス但實際論トシテハ孰レノ語ヲ用フルモ大差ナシ

### 第一項 精神ニ故障アル者

七 精神ノ作用ニ故障アルヲ理由トシテ其舉動ヲ無責任(舉動ト本人トノ連  
絡ヲ欠ク)トスルニハ舉動ノ當時ニ其故障アリタルコトヲ必要トス(刑七八條)  
舉動ノ以前又ハ以後ノ故障ハ之ヲ以テ舉動其者ヲ無責任(無罪)トナス理由ト  
ナラス

此解釋ハ第七八條ノ罪ヲ犯ストキト謂フ規定ヨリ生スルモノトス罪ト成ルヘキ舉動アリタル當時ニ於テ精神ニ障害アルニ非サレハ無責任トスルヲ得ス固ヨリ其舉動ヨリ以前又ハ以後ニ精神病有ル者ノ如キハ舉動ノ當時ニ於テモ果シテ其精神健全ナリシヤ否ヤノ點ハ十分ニ注意シテ之ヲ診斷セサルヘカラスト雖モ一旦其當時ニ於テ健全ナリシ事實ヲ得タルトキハ無責任トシテ無罪ヲ主張スル能ハス

八 故障ノ種類ハ病的タルト非病的タルトヲ區別セス又持續性タルト一時性タルトヲ區別セス

此ノ如ク解釋スル所以ハ第七八條ニ於テ知覺精神ノ喪失ニ因リ是非ヲ辨別セサルモノト規定シ敢テ永續スル故障タルト疾病ノ性質ヲ有スルト否トヲ區別スルナキヲ以テナリ

九 精神ノ病的故障ニ精神病ト其餘ノ疾病トノ別アリ精神病ノ發作中ノ舉動ハ當然法文ニ所謂辨別ヲ缺クモノトシテ一般ニ之ヲ無責任トセサル可ラス精神病以外ノ疾病ニ通常高度ノ熱ノ作用等……ニ因リ精神ニ故障ヲ生シタルトキハ是非ヲ辨別セサル間ノ舉動ニ限り之ヲ無責任トス

元來吾人ノ精神ハ一體不可分ノモノニシテ若シ其意識界ニ故障有ルトキニハ又必ス同時ニ其觀念界ニ於テモ故障ヲ生シ苟モ精神病ト云フヲ得ル病的障害アル以上ハ當然是非ノ辨別ト云フ智能ニ於テモ不完全ナルモノトシテ第七八條ノ適用ヲ爲ササルヘカラス之ニ反シテ精神病以外ノ疾病ニ至リテ

ハ幾分其精神混亂スルトスルモ意識觀念モ當然混亂スルモノト斷定スル能ハス斯ル病者ニ對シテハ舉動ノ當時ニ果シテ辨別ヲ有スルヤ否ヤヲ觀察シテ而シテ責任ノ有無ヲ決セサルヘカラス本文ニ於テハ此區別ヲ注意シタル上ニ精神病ト謂フト否トニ拘ハラス苟モ疾病ノ爲メニ辨別ヲ失ヒタル間ノ舉動ハ無責任タルノ意ヲ示シタルモノナリ

疾病ニ非スシテ一時精神ノ作用ニ故障ヲ生スルコトアリ刑法第七十八條ニハ病的故障ニ限ル明文ナキヲ以テ非病的故障ト雖モ是非ノ辯別ヲ缺ケル間ノ舉動ハ亦之ヲ無責任トセサル可ラス泥醉、催眠?

疾病ニ非スシテ精神ノ常ヲ失シ辨別ヲ供ヘサルノ適切ナル例ハ催眠中ノ者はナリ催眠ハ生理上ノ關係ヲ言ヘハ疲勞ニ基ク一時性ノ貧血ナリ又其精神作用ヲ言ヘハ專ラ暗示ニ從ヒテ心性ヲ再現スルノ外少シモ自ラ働クノ力ヲ有セス是非ノ辨別ヲ有セサルカ故ニ催眠中罪ト成ルヘキ舉動ヲ爲シタル者ハ第七八條ノ適用トシテ無責任タルヤ勿論ナリ

一派ノ論者ハ第七八條ハ專ラ精神病者ノ無責任タルヲ規定シタルニ過キスシテ病的ニ非サル辨別ノ喪失者ハ本條ニ含マルコトナシト論スト雖モ予輩ハ之ニ反對シテ第七七條ハ精神ニ故障ナキ者カ故意ナクシテ罪ト成ルヘキ舉動ヲ爲シタル場合ノ無責任ヲ規定シ第七八條ハ疾病ニ基クト否トヲ問ハス精神ニ故障アル者ノ無責任ヲ規定シタルモノト信スルヲ以テ催眠中ノ舉動ハ其範圍ニ屬スヘシト信ス

## 第二項 幼者



一〇 幼者ノ責任年齡ヲ定ムルニ三主義アリ(1)第一ノ主義ニ於テハ一生ヲ二期ニ分チ第一期(佛、白、土等ハ十六歳以下)ノ間ハ先ツ辨別ノ有無ヲ調ヘテ次ニ責任ノ有無ヲ決スヘキモノトシ第二期ノ年齡ニ達スレハ全責任ヲ負ハシメ(2)第二ノ主義ニ於テハ一生ヲ三期ニ分チ第一期ノ間ヲ絕對無責任トシ第二期ノ間ヲ關係的無責任トシ第三期ノ有無次第且責任アル場合モ刑ヲ減スヘキモノトシ第三期ニ入りテ初メテ全責任アリトナシ(3)第三ノ主義ニ於テハ更ニ之ヲ四期ニ分チテ第一期ノ間ヲ絕對無責任トシ第二期ノ間ヲ關係的無責任トシ但シ責任アル場合モ刑ヲ減スヘキモノトシ第三期ノ間ヲ減輕トシ第四期ニ入りテ初メテ全責任アリト定ム我現行刑法ハ第三ノ主義ヲ採用シ且ツ重罪輕罪ト違警罪トニ依リ處分ヲ異ニス(唐明清律九十歳以上七歳以下無罪)

全責任時代  
減輕時代  
關、無責任時代  
絶、無責任時代

第一主義  
第二主義  
第三主義

智識カ恰モ身體ノ如ク漸ヲ追ヒテ發達スルハ人ノ熟知スル所ナリ然リト雖モ其發達ノ遲速ハ人ニ依リ著シキ相違アルカ爲メ年齡不足ノ故ヲ以テ無責任トスルノ立法例ハ遂ニ本問ニ謂フ如ク種種異ナリタル規定ヲ生スルニ至レリ而シテ此三種ノ主義ハ各、長短アリテ其何レヲ勝レリト斷定スル能ハサルモ第二第三ノ主義カ稍、當ヲ得タルモノノ如ク信セラシ

一一 我刑法ト十二歳未滿ノ幼者ハ全ク無責任ナリ(刑七九條、八三條十二歳以上十六歳未滿ノ幼者ニ重罪又ハ輕罪タルヘキ行為アリタルトキハ辨別ノ有無ニ依リ責任ノ有無ヲ決ス但責任アル場合ト雖モ二等ノ宥恕減輕ヲ受ク違警罪ニ付テハ常ニ責任ヲ負ヒ一等ノ宥恕減輕ヲ受ク(刑八〇條、八三條十六歳以上二十歳未滿ノ幼者ニ重罪又ハ輕罪タルヘキ行為アリタル時ハ單ニ一等ノ宥恕減輕ヲ受ク違警罪ニ付テハ全責任ヲ負フ(刑八一條、八三條)

現行法ハ幼者ノ責任能力ヲ規定スルニ當リ重罪輕罪タルヘキ舉動アリタル場合ト違警罪アリタル場合トノ間ニ其標準ヲ異ニシ違警罪タルヘキ舉動ニ付テハ關係的無責任時代ヲ認メ且比較的重ク處分セリ若シ幼者ノ智識カ不十分ナルカ爲メ無責任トスルナラハ事ノ輕微ナル違警罪ニ對シ他ノ場合ヨリ一層重ク處分スルハ前後矛盾シタル理論ト謂ハサルヘカラス

一二 幼者ノ責任能力ニ關シ減輕時代即チ一部ノ責任ヲ負フ時代ヲ認ムルニ反對スル說アリ責任即チ物心兩界ノ連絡ハ之カ存在ヲ肯定スルカ否定スルカ

二者其一ヲ出ツ可ラス一部ノ連絡アリ又ハ小ナル連絡アリト認ムル減輕時代ハ須ク之ヲ排斥スヘシト云フヲ理由トス而レトモ精神ノ發育ニ其源ヲ發スル幼者ノ能力問題ハ央ハ發育シタル時期若クハ事實ナシト云フ克ハス

### 第三項 瘡啞者

一三 瘡啞者ハ總テノ舉動ニ付テ其責任ナキコト十二歳未満ノ幼者ニ同シ(刑八二條、八三條)但シ瘡ニシテ且ツ啞ナルニアラスンハ此限ニアラス

支那法系ノ刑法ニ於テハ廢疾者ヲ無責任ト爲セリ(大罪ハ例外)蓋シ之ヲ憐ムノ精神ニ出ツルモノナルヘシ之ニ反シテ羅馬法系ノ刑法ニ於テ瘡啞者ヲ無責任トスルハ斯ル理由ニ出ラタルニ非ス瘡啞者ハ智識ヲ得ルノ要具タル聽能及ヒ語能ヲ喪失シ到底常人ノ如ク智識ノ發達ヲ爲ス能ハスト認定シタル結果ナリ

然レトモ瘡啞者ト雖モ生來側發ナル者アルノミナラス近年ニ至リ瘡啞者ヲ教育スルノ方法長足ノ進歩ヲ爲シ縱令常人程ノ智慧ヲ與フル能ハストスルモ絕對無責任ト爲ス程ノ不完全ノ狀態ヲ脱セシムルコトヲ得ルカ故ニ或ハ無責任或ハ減輕シテ罰スルコトヲ得ルノ規定ヲ設ケサルヘカラス

一四 刑法ニ謂フ所ノ瘡啞ハ生來ノモノニ限ルカ生後ノ疾病又ハ負傷ニ基ク不具ヲ含ムカ若シ生後瘡啞トナリタル者ヲ含ムトセハ之ニ陷リタル年齡ニ制

限ナキカ法文ニ何等ノ規定ナシ

法文ニ何等ノ制限ナキ以上ハ生前タルト生後タルト又如何ナル事情ヨリ來リタルトヲ分タス不治ノ瘡啞ト爲リタル者カ罪ヲ犯シタルトキハ悉ク無責任トスルヲ解釋上正當ナリト信ス

### 第四項 懲治場ノ留置、附監置

一五 八歳以上十二歳未満ノ幼者ハ滿十六歳ニ過キサル時間又十二歳以上十六歳未満ニシテ辨別ヲ缺キ無責任ト認メラレタル幼者ハ滿二十歳ニ過キサル時間情狀ニ依リ之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得(刑七九條、八〇條、八二條)懲治場ノ留置ハ國家自ラ此等ノ者ヲ監督シ教育スル趣旨ニ出テ刑罰タル性質ヲ有セス(浮浪少年取締)

本問ニ十六歳ニ過キサル時間ト云ヘルハ其幼者ヲ判決スル年ヨリ其十六歳ニ滿ツルマテノ間ニ於ケル若干年ノ間ト云ヘル意味ナリ

懲治場ノ留置ハ感化ヲ目的トスル一種ノ強制教育ニシテ刑罰タル性質ヲ有セス故ニ嘗テ留置處分ヲ受ケタル者カ後罪ヲ犯スモ再犯ヲ以テ論スル能ハス

感化教育ハ在來ノ經驗上現今ノ如ク獄内ニ於テ之ヲ實行スルハ十分ニ其效果ヲ奏スル能ハス故ニ將來監獄外ニ於ケル適當ノ設備ヲ爲スノ必要アリ

不良少年ト浮浪少年トヲ混同スヘカラス不良少年ハ一定ノ教育ヲ受ケツツアルト否トヲ問ハス大ハ

罪ト成ルヘキ行為ヲ始メ小ハ親族朋友ヲ害スル行為ヲ爲スノ少年ヲ謂フ、之ニ反シテ浮浪少年ハ或惡事ヲ爲シタルコトナシトスルモ其年齒ニ相當スル所ノ智育德育ヲ與フルコトナクシテ放任サル所ノ少年ナリ此ノ如ク不良少年ト浮浪少年トハ似テ非ナルモノナルモ浮浪少年ハヤカラ不良少年ト爲ルノ虞大ナルモノナリ不良少年ハ將來眞ノ犯罪人ト成ルノ虞ノ大ナルモノナリ故ニ苟モ一國ノ犯罪ヲ減少セント欲セハ一日モ此兩者ニ對スル感化教育ヲ忽セニスヘカラス

一六 精神病者ヲ無責任トスルハ宜シ無責任ノ故ヲ以テ直ニ放免スルハ大ニ危險ナルコトアリ情狀ニ依リ病院其他一定ノ場所ニ監置セシムル規定ナカル可ラス

### 第三節 責任條件(故意及過失)

一七 責任能力ヲ有スル者ト雖モ責任條件ヲ具ヘタル舉動ニ付テノミ其責任ヲ有ス責任條件ニ故意ト過失トノ二アリ(刑七七條、民七〇九條)

#### 第一項 故意

一八 故意ハ觀念決意ナリ事實ノ認識觀念舉動ノ意思(決意ナリ故ニ犯罪ノ故意トハ犯罪事實ヲ知り罪の舉動ニ志スヲ謂フ(1)犯罪事實(2)犯罪事實ノ觀念(3)罪の舉動ノ決意ノ三點ニ分チテ説明セン

一九 (1)故意ノ成立上其觀念ニ上ルコトヲ要スル犯罪事實ニ二様アリ

一チ犯罪ノ物的構成條件トス刑七七條二項ニ謂フ所ノ罪ト成ルヘキ事實是ナリ

例ヘハ第三六六條ニ人ノ所有物ヲ竊取シタル者ハ竊盜ノ罪ト爲シ云云ノ規定アリ即チ此規定ヲ分析スレハ人ノ所有物タルコト竊取ト云フ行為アルコトノ二カ本罪ノ構成條件ナリ其何レヲ缺クモ竊盜罪ヲ構成セス他ノ犯罪ニ付テモ亦同シ各條文ヲ分析シ其罪ノ成立上缺クヘカサル條件アル時ハ之ヲ其罪ノ構成條件ト稱ス

一チ犯罪ノ物的加重條件トス刑七七條三項ニ謂フ所ノ罪本重カル可キ事實是ナリ

刑法第三六七條ニハ水火震災其他ノ變ニ乘シ竊盜ヲ犯シタル者ト云フ規定アリ本條モ亦前條同様ニ一ノ竊盜罪ノ規定ナリト雖モ事變ニ乘シ犯シタリト云フ事實ヲ本條規定ノ特色トス而シテ此事實タルヤ假令之ヲ缺クモ竊盜罪ノ成立ヲ妨グルモノニ非スシテ單ニ其情狀ヲ重カラシムルモノニ過キス此種ノモノヲ指シテ罪ノ加重條件ト謂フ

罪ノ加重條件即チ法文ノ罪本重カルヘキ事實ト云フニ付キ尙ホ一ノ注意スヘキコトアリ此加重條件ト云フハ前ニ示ス第三六六條、第三六七條ノ關係ノ如クニ同一種類ノ犯罪ニ付テノミ云フニ非ス別種ノ犯罪ノ間ニ於テモ同シク適用ヲ受クルモノナリ例ヘハ他人ノ所持内ニ在ル物件ヲ誤リテ遺失物ナリト信シ之ヲ拾得スル意思ヲ以テ所持ヲ取得シタル場合ノ如キハ竊盜ト遺失物拾得罪トノ種類同

シカラスト雖モ重キ竊盜トナルヘキ事實ヲ知ラサルカ故ニ同シク第七條第三項ノ罪本重カルヘキ事實ヲ知ラサルモノト云フコトヲ得ヘシ

物的條件ハ心的條件ニ對シテ云フ從テ客觀的條件ノ全部及ヒ主觀的條件中心の要素ニ在ラサルモノ全部ヲ包含ス

本文ニ物的條件(物素)ト云ヘルハ心的條件(心素)ニ對シテ用ヒタル語ナリ責任能力及ヒ責任條件ハ犯罪ノ成立ニ要スル所ノ心素ナリ刑法第七條第二項ニ云ヘル罪ト成ルヘキ事實同第三項ニ云ヘル罪本重カルヘキ事實ノ語ニ包含セラルルコトナシ之ヲ區別センカ爲メニ單ニ犯罪成立要件又ハ加重條件ト云ハスシテ物的構成條件ト云ヘリ尙ホ之ヲ區別スルノ實益ハ後ノ三八號ノ說明中ニ述フヘシ罪ノ構成又ハ加重ノ條件ト成ルヘキ事實ハ主體ノ資格、客體ノ性質、方法ノ種類、結果ノ大小等犯罪ニ依リ同シカラス而シテ身體ノ積極又ハ消極ノ舉動ハ犯罪全體ニ通スル物的構成條件ナリ

犯罪要素ハ各罪其種類ヲ異ニスト雖モ積極又ハ消極ノ舉動ナクシテ成立スル犯意ハ斷シテ在ルコトナクシテ身體ノ舉動カ犯罪構成ノ物的條件ノ最モ著シキモノト知ルヘシ

第一 主體ノ資格カ其犯罪ノ成立條件タル一例ハ官吏收賄罪ニ於テ官吏ト云フ犯罪ノ主體ノ資格カ其犯罪ノ成立條件ト爲ルカ如シ又主體ノ資格犯罪ノ成立條件ニ非スシテ單ニ刑罰ヲ加重スル條件タル一例ハ刑法第二〇五條ニ於ケル官吏タル資格ノ如キ是ナリ

第二 客體即チ被害物體ノ性質カ特ニ犯罪ノ成立條件タルハ例ヘハ同シク生命ニ關スヘキ犯罪ナリ

ト雖モ若シ天皇竝ニ皇太子ニ對スル危害ノ罪ナレハ刑法第一一六條ニ據テ處分スヘク此場合ノ客體ハ犯罪ノ成立條件ト爲ルナリ之ニ反シテ其被害物體ノ如何ニ因リ刑罰ヲ加重シ若クハ單ニ重ク處罰スル例ハ貨幣偽造罪ニ於ケル金銀貨ト銅貨トノ差別ノ如シ刑法第一一七條亦同シ

第三 方法カ犯罪成立ノ條件ト爲ルハ例ヘハ同シク財物ヲ奪取スルニ在リトスルモ暴行ヲ手段トスレハ強盜ト爲リ然ラサレハ竊盜ト爲ルカ如シ之ニ反シテ單ニ方法ノ如何ニ因リ刑罰ヲ加重サルハ刑法第三六八條ノ場合ノ如シ

第四 結果ノ大小カ犯罪ノ成立不成立ニ影響ヲ及ホス場合ハ例ヘハ毆打ノ爲メ創傷ヲ爲ササルハ違警罪ト成リ創傷ヲ爲セハ毆打創傷ト成ルカ如シ又結果ノ如何ニ因リテ處分ニ輕重ノ差異ヲ立ツルハ例ヘハ刑法第三六四條第二項ノ如キ是ナリ

右ニ述フルカ如ク或ハ犯人ノ資格或ハ客體ノ種類或ハ方法結果ノ如何ニ因リテ犯罪ノ成立不成立又ハ刑罰ノ加重減輕ト云フ差別ヲ生スト雖モ如何ナル犯罪ニモ通シテ必ス成立要素ト爲ルヘキモノハ外部身體ノ動作ナリ動作ハ故意又ハ過失ノ如キ精神内部ノ要素ニ非スシテ外部物質界ニ存スル所ノ必要條件ニシテ尙ホ犯罪事實ノ一位ニスヘシ

二〇 (2) 觀念ハ猶認識トイフカ如シ心像ノ再現ナリ犯罪ニ就テ云フトキハ犯罪事實ノ觀念(即チ罪ト成ルヘキ事實及ヒ罪本重カルヘキ事實ヲ知ル)ヲ謂フ觀念ハ心像ノ再現ナリ即チ外部又ハ内部ノ刺激ニ因リ己ノ精神ノ上ニ感受シタル對象ヲ再ヒ精神上ニ現出スルノ謂ナリ例ヘハ火ヲ睹ルニ吾人カ其火タルノ觀念ヲ起スハ嘗テ自己ノ精神上ニ同一ノ對



象ヲ感受シテ後ニ同一ノ對象ニ遭遇シタルトキ其同一物タルコトヲ認識スルヲ謂フナリ犯罪ノ認識モ之ト同一ノ原理ニ依リテ嘗テ自己ノ感受シタル事項ヲ聯想シ其罪ト成ルヘキ事實及ヒ罪本重カルヘキ事實ノ存在スル事ヲ認識スルノ意味ニ外ナラス

甲 身體ノ積極又ハ消極ノ舉動ハ犯罪全體ノ構成ニ必要ナル一事實ナリ犯罪ノ故意ノ成立上身體ノ舉動ニ對シ其認識ナカルヘカラス(衝動的舉動ニ對シテハ概シテ其認識ヲ缺クモノトス)……略言、犯意犯罪ノ故意ノ略語以下倣之ニハ舉動ノ觀念ヲ含ム

衝動的舉動トハ或刺激ヲ受ケテ之ニ應スル舉動ヲ爲スニ當リ自身ニハ其如何ナル舉動ヲ爲スカヲ認識セサル場合ヲ謂フ例ヘハ暗夜ニ性質不明ナル怪物ニ襲ハレテ咄嗟ノ間ニ之ヲ毆打スルカ如シ自分ハ今ヨリ毆打タル舉動ヲ爲スヘシト云フ認識ヲ有セサルモノナリ(嚴格ニ云ヘハ此類ノ舉動ハ他年ノ熟練ニ依リ殆ト機械的ニ發生スルモノトス)此ノ如ク自己ノ舉動ニ對シテ認識ヲ有セサルトキハ刑法ニ所謂罪ト成ルヘキ舉動ヲ爲スノ決意ヲ具ヘタリト云フ能ハス隨テ其犯罪故意アリト云フ能ハサルナリ

乙 身體ノ舉動ニ積極又ハ消極ノ關係アル物界ノ影響(結果)ニシテ犯罪ノ構成又ハ加重ノ條件タルモノハ犯罪ノ故意ノ成立上之ニ對シ其認識ナカル可カラス……略言、犯意ニハ結果ノ觀念ヲ含ム

ルモノナリ其開鑿ノ成ルヤ各國ハ之ニ對シテ萬國ノ共用ニ供センコトヲ申込ミタリト雖モ同帝國ハ之ヲ拒絕セリ

萬國の運河トシテ數フヘキモノハ「スエズ」運河及ヒ「ニカラガ」運河是ナリ

一「スエズ」運河 同運河ニ關シテハ千八百八十八年十月二十日土國首都「コンスタンチノーブル」ニ於テ英、佛、獨、奧、西、伊、蘭、露、土ノ間ニ條約ヲ締結シタリ全部十箇條ヨリ成リタルモノニシテ其要旨ヲ摘説スレハ左ノ如シ

(イ) 如何ナル國ノ船舶ト雖モ又其軍艦ナルト商船ナルトヲ問ハス又平時タルト戰時タルトヲ問ハス之ヲ通航スルコトヲ得ヘシ

(ロ) 該運河内及ヒ其三海里以內ニ於テ交戰行為又ハ他ノ船舶ノ通過ヲ妨害スルカ如キ行為ヲ爲スコトヲ得ス又之ヲ封鎖スルコトヲ許サス其他戰爭用ノ糧食、武器ヲ其運河内ニ於テ陸揚又ハ搭載シ又ハ捕獲セシ船舶ヲ其内ニ曳入ルヘカラス

(ハ) 平時ニ於テモ戰時ニ於テモ「ボートサイド」(Boat side)ニ於テ二十四時間以上碇泊スルコトヲ得ス又運河内ニ於テ交戰國ノ軍艦相會スルトキハ一方ノ發シタル後二十四時間ヲ經過セサレハ他方ノ軍艦ハ發航スルコトヲ得ス其他締盟國ハ二隻以上ノ軍艦ヲ同時ニ運河内ニ置クコトヲ許サス

(ニ) 已ムヲ得サル場合ニ於テハ運河内ニ於テ交戰國ノ軍艦ノ乗員ヲ上下セシムルコトヲ得ト雖モ軍隊ハ千人ヨリモ少數ノ一隊ト爲シテ之ヲ進退セシムヘク一時ニ多衆人ヲ進退セシムルコトヲ得ス

之ヲ要スルニ同運河ハ之ヲ中立ト認ムルコトヲ得ヘク此規則ハ同運河ヲ領土トセル土耳其モ亦之ヲ遵奉セサルヘカラス而シテ該條約ハ千八百五十年英米兩國カ「バナマ」運河ニ付キ締結セシ所謂「ブエラソール・クレイトン」(Brewer-Clayton)條約ニ倣ヒタルモノニシテ其實行以前ニ於テ既ニ開鑿ノ效ヲ奏シタルナリ

二 「ニカラガ」運河 同運河ニ關シテハ千九百一年十二月ニ於テ英米間ニ締結セラレタリ其條約ノ要旨ハ千八百五十年ニ於ケル «Bath-Orayon» 條約ニ代ルモノナルコトヲ定メ前條約ト異ナリ米國ノミ獨リ同運河ニ付テ支配權ヲ有スルコト及ヒ千八百八十八年ニ於ケル「スエズ」運河ニ關スル規定ハ此運河ニモ適用スルコト等ヲ定メタリ尙ホ詳説スレハ(イ)如何ナル國ノ如何ナル船舶ト雖モ交通スルコトヲ得ヘク其手數料ハ國ニ依リテ異ナルヘカラサルコト(ロ)運河ハ之ヲ封鎖スルコトヲ得ス又其内ニ於テ戰鬪行爲ヲ爲スコトヲ得ス(ハ)北米合衆國ハ運河ニ付キ一定ノ法律ヲ設ケテ之ヲ支配シ得ルコト(ニ)交戰國ノ軍艦ハ飲水、薪炭ヲ運河内ニ於テ需ムルコトヲ得ス又不可抗力ニ因リ已ムヲ得サル場合ノ外ハ軍隊、兵器、糧食等ノ陸揚ヲ爲スコトヲ得ス(ホ)運河開鑿ノ器具ハ平時タルト戰時タルトヲ問ハス之ヲ妨害スヘカラス(ヘ)以上ノ規則ハ運河中ノミナラス運河ヨリ三海里以內ノ範圍ニモ適用セララルモノニシテ交戰國ノ軍艦ハ二十四時間以上運河内ニ止マルコトヲ許サス又他ノ軍艦ノ去リタル後二十四時ヲ經過シテ發航スヘキモノトス

之ヲ要スルニ其大體ニ於テハ「スエズ」運河ニ關スル規定ハ殆ト其全部ヲ之ニ適用セララルモノトス運河ニ關スル國際條約ハ現今以上ノ二箇アルノミ而モ原則トシテハ「スエズ」運河ニ關スル規定ニ從ヘルモノニシテ將來ニ於テモ他ノ萬國運河開鑿セラルルニ至ルトキハ又此規定ヲ採用スヘキヲ信ス故ニ

今日之ヲ以テ國際法ナリト爲スモ過言ニ非サルナリ

第二 海峽 海峽ニ付テハ之ヲ狹小陸地ノ同一國家ノ領土ナル場合ト然ラサル場合トニ區別シテ説明セサルヘカラス

一 同一國家ノ領土ナル場合 此場合ニ於テ(イ)對岸ノ二點ノ一直線ニ連結シタル距離六海里以內ナルトキハ所屬國ノ領有ニシテ殊ニ其海峽カ公海ニ通スルモノニ非サルトキハ國際法上ノ問題ヲ生スルコトナシ(ロ)若シ六海里ヲ超ユルトキハ例ヘハ對岸ノ連結線カ八海里ナルトキハ左右兩岸ニ瀕スル各三海里ヲ以テ其領有トシ中央ノ二海里ハ之ヲ公海ト爲ス

海峽カ或國家ノ領有ナルトキト雖モ若シ其海峽ニシテ公海ニ通スルモノナルトキハ商船其他戰時ニ使用ニ供セサル船舶ノ通航ハ之ヲ許容セサルヘカラス是レ今日國際法上ノ原則ニシテ通商交通ハ萬國交際上缺クヘカラサル事項ナレハナリ土耳其領ニシテ地中海ト黑海トヲ連結スル「ダルダネルス」海峽及ヒ「ボスボラス」海峽ハ其一例ナリ此海峽ニ關スル條約ハ千八百四十年ノ倫敦條約、千八百五十六年ノ巴黎條約、千八百七十二年ノ倫敦條約、千八百九十八年ノ柏林條約ニ依リテ數次更正セラレ今日ニ於テハ商船ハ自由ニ通航スルコトヲ得ヘシト雖モ軍艦ハ土耳其常ノ許可アルニ非サレハ通過スルコトヲ得サルナリ而シテ此點ニ關シ「ハレック」ハ其著書ニ於テ縱令條約ナクモ土耳其ハ當然他國軍艦ノ通行ヲ禁止スルコトヲ得ルモノニシテ之ニ付キ條約シタルハ此權アルコトヲ益々明確ナラシメタルモノナリト論セリ我津輕海峽ノ如キモ亦同一ニ論定スヘキモノトス

二 同一國家ノ領土ナラサル場合 此場合ニ於テモ三海里ハ各自ノ領水ニシテ對岸ノ連結線カ六海里以內ノトキト雖モ公海ニ通スルモノナルトキハ前ノ場合ト同シク商船ノ通航ヲ禁スルコトヲ得ス軍

艦ノ通行ハ之ヲ禁スルコトヲ得ヘシ故ニ英國ノ「ドウェー」(Dover)佛國ノ「カレー」(Calais)間ノ海峡ハ今日軍艦ノ通行ヲ禁スルコトナシ雖モ予ハ國際法上之ヲ禁止スルコトヲ得ルモノナリト信ス又ト抹ト瑞・那間ノ「バルト」海峽(Balt)ハ最初他國軍艦ノ通行ヲ禁止セント主張セシコトアリシモ斯クセハ露獨ノ軍艦ハ外洋ニ出ツルコトヲ得サルヲ以テ千八百二十八年諸外國強制シテ其通行ヲ自由ナラシメタリ然レトモ之ニ付テハ多クノ學者例ヘハ「ホール」(Holt)「ホイートン」(Wheaton)等ハ國際法上當然軍艦ノ通行ヲ禁止スルコトヲ得ルモノナリト論ス

第三 湖 一國內ニ在ル湖沼ニ付テハ如何ニ大ナルモノト雖モ國際法上ノ問題ヲ生スルコトナシ其湖ノ如キハ勿論我國ノ專有スル所ナリ其兩國以上ニ跨リテ廣在スルモノニ付キテハ國際法上ノ問題ヲ生スヘシト雖モ未タ之ニ關シテ確立セル法規ナク唯其湖沼ニ境ヲ接セサル邦國ハ何等ノ權利ヲ有セサルコト及ヒ湖沼ニ付キ境ヲ接スル國家ハ其湖沼ニ付キ條約ヲ以テ定ムヘキコトノ二點ノミ國際法トシテ行ハルヲ見ル若シ條約ヲ以テ定メサルトキハ其湖沼圍繞國ノ共有ナリト看做スモノトス

波斯及ヒ露西亞間ノ裏海ニ付テハ千八百二十八年二月二十二日ノ條約ヲ以テ定メ露國ノミ其湖上ニ主權ヲ行フコトヲ得ルモノナリトシ又「ジュネーブ」湖ニ付テハ瑞・佛間ニ條約アリ  
瑞西・奧地利及ヒ獨逸ノ間ニ橫ハル「コンスタンツス」湖ニ付テハ古來議論アリテ或ハ之ヲ以テ世界萬國ノ航行ヲ自由ニスヘキモノナリ何トナレハ此湖タル國際河流タル「ライン」河ト同一體ニシテ其擴張シタル一部ナレハナリト論スル者アルモ多數ノ學者ハ之ニ反對シ今日ニ於テハ千八百五十九年ノ條約ヲ以テ詳細ナル規定ヲ爲セリ而シテ湖上ニ於テハ有形的ニ各圍繞國ノ持分トモ云フヘキ境界ヲ定ムルコトナク此湖ヲ以テ中立的ノ性質ヲ有スルモノトシ其岸ニ砲臺ヲ築キ又ハ其内ニ軍艦ヲ備フルコトヲ得

今左ニ「コンスタンツス」湖ニ關スル條約ノ要點ヲ摘示ヘシ

一 湖上ニ於テ出生又ハ死亡アリタルトキ又ハ死屍ヲ發見シタルトキハ千八百八十年ノ條約ニ依リテ(イ)此等ノ事項カ沿岸ニ於テ生シタルトキハ沿岸國之ヲ支配シ(ロ)船内ニ於テ生シ又ハ船舶カ之ヲ發見シタルトキハ船舶所屬國之ヲ支配ス若シ(ハ)其船舶カ既ニ某港ヲ離レテ進行中ナルトキハ其到達港國之ヲ支配スルモノトス蓋シ交通ヲ妨害スルコトヲ恐レテナリ

二 裁判權ハ船舶ノ碇泊スル國家ニ於テ之ヲ有ス又若シ進航中ナルトキハ船舶所屬國之ヲ管轄ス

三 湖ノ利用ハ各沿岸國ノ自由ナリ即チ(イ)若シ湖内ニ於テ無主物ヲ發見シタルトキハ其通知ヲ受ケタル國家ノ法律ニ從フヘク沿岸ニ近接シテ發見シタルトキハ沿岸國ノ國法ニ從フ(ロ)航行ハ物品旅客總テ自由ナリ但各國ハ關稅ヲ徵收スルコトヲ妨ケス關稅ニ付テハ千八百六十八年三月一日ノ條約ヲ以テ最高限度ヲ示シ又自國船ニ課スルヨリ多大ナルヲ得ストシ食料ニ付テハ外國人タルノ故ヲ以テ特別ニ課セラルルコトナシトス又陸揚場ハ一定セラルト雖モ不可抗力ニ因ル場合ニ於テハ其他ニ於テ陸揚スルコトヲ得(ハ)漁業採藻モ亦自由ナリ然レトモ亂漁ヲ防クカ爲メニ各國法又ハ條約ヲ以テ一定ノ制限ヲ設ケタリ例ヘハ漁期ニ關スル制限、漁器ニ關スル制限、魚類ノ大小ニ關スル制限等アリテ物ヲ投シテ捕漁スルコトヲ禁シ又ハ三十五「センチメートル」ヨリ小ナル鮭・鱒ヲ捕フルコト二十「センチメートル」ヨリ小ナル鮎ヲ漁スルコトヲ得ストシ若シ此等ノモノヲ獲タルトキハ直チニ湖中ニ解放スヘキモノトセリ

第四 河川 河川ハ之ヲ大別シテ二ト爲ス國際河(International R.)及ヒ非國際河(Internal R.)是ナリ

前者ハ萬國ノ船舶ノ航行ヲ公認スル河流ニシテ後者ハ然ラサル河流ナリ  
抑、河川ナルモノハ其大多數ハ海ニ注クモノニシテ海ハ大洋ニ連ナルモノナリ故ニ一方ヨリ云ハハ大洋ノ航行ハ國際法上自由ナルモノナルヲ以テ其部分タル河川モ亦航行自由ナリト論スルコトヲ得ル  
同時ニ他方ニ於テ海洋ノ一部ハ沿岸海(領海)トシテ一國ノ領有ニ屬スヘキモノナルカ如ク如何ナル河川モ亦之ヲ其領有ノ下ニ外國ニ對シテ閉鎖スルコトヲ得ヘキカ如シ今日ノ國際法理ハ國家カ自國ノ國際河流ニ外國船舶ノ航行ヲ許スモ之カ爲メニ敢テ自國ノ之ニ對スル主權ヲ失フモノニ非スシテ裁判權警察權關稅徵收權ハ依然之ヲ有ス而シテ國際河流ニ付テハ多ク條約ヲ以テ之ヲ定ムト雖モ其條約ノ準據スヘキ原則ト爲ルヘキ事項アリ左ニ之ヲ掲ク

- 一 其河流ヲ航行スル船舶ニ對シテ沿岸國ハ之ヲ妨害スヘカラサルコト
- 二 河流ハ或一國ノミノ船舶ニ對シテ航行ヲ許スコトナク各國ノ船舶ニ對シテ均シク航行セシムヘキコト
- 三 其河流ノ爲メニ委員會ヲ設置スルコト
- 四 其委員會ニ屬スル建物、吏員等ヲ局外中立ト爲スコト

今日世界ニ於ケル國際河流ノ主要ナルモノヲ舉クレハ左ノ如シ  
一「ライン」河 此河ノ航行自由ヲ約定シタルハ巴里媾和條約第五條、維納條約第一七條是ナリ而シテ其後千八百三十一年三月三十一日「ライン」航行條約ニ於テハ航行ノ權利ヲ沿岸國ニノミ限リタルモ其後千八百六十八年十月十七日改正條約ハ「バーゼル」ヨリ海ニ注クマテノ間ハ各國船舶ノ航行ヲ許スニ至レリ而シテ千八百七十九年五月十日ノ「バーデン」ト「瑞西」ト條約ニ於テハ「ノエハ」

ゼンニ至ルマテ之ヲ擴張セリ

二「ダニユーブ」河 此河流ハ千八百五十六年巴里媾和條約第五條以下ニ之ヲ定メ「イルレル」ヨリ海ニ至ルマテノ間各國ノ船舶ニ航行ヲ認許セリ次テ「ダニユーブ」河委員會設置セラル該委員會ハ固ヨリ一時ノモノニシテ永久ノモノニ非ス即チ一定期間ヲ經テ止ムモノナリ此委員會ハ「イサクチ」ヨリ海ニ至ルマテ航行セシムヘシト定メタリ其後千八百六十五年十一月二日「ダニユーブ」河口航行條例ヲ以テ歐羅巴委員會ニ屬スル建物及ヒ吏員ハ局外中立トスルコトヲ定メタリ又千八百七十八年伯林條約ニ依リ其航行ノ自由範圍ヲ擴張セリ即チ鐵門ニ至ルマテハ各國船舶ノ航行自由ヲ認許シ又該條約第五三條ヲ以テ委員會ノ權限ヲ擴張セリ千八百八十三年三月十日倫敦條約ニ依リテ此歐羅巴委員會ノ權限ヲ向後二十箇年間付與スルコトヲ約定セリ而シテ茲ニ注意スヘキハ航行ハ固ヨリ自由ナリト雖モ軍艦ハ此限ニ在ラサルコト是ナリ

三「コンゴ」河 此河流ハ千八百八十五年二月二十六日ノ伯林會議ニ依リテ之ヲ決定シタルモノトス而シテ此河ニ付キ特徵ト云フヘキハ航行ノ自由ハ獨リ其本流ノミニ限ラス其支流、湖、運河、鐵道、街道等ニモ及フモノトセルコト是ナリ

其他「ミシシッピ」河ニ付テハ千七百八十二年ノ巴里條約第八條ニ依リテ英米兩國ノ航行ヲ自由トセシカ其後千七百九十五年ノ條約ヲ以テ萬國ノ航行ニ開ケリ之ヲ以テ國際河トシテ自由航行ヲ許スノ囑矢トス其他「ブラジル」ノ「ラブラタ」河、獨逸ノ「エルベ」河、「ウエーゼル」河、「オーデル」河等皆國際河ニ屬ス

一國內ニ其源ヲ發シ其國內ニ終リテ海ニ注ク河ニシテ國際河タルモノハ其例少シ然レトモ全ク之ナキ



ニ非ス伊太利ノ「ボ」河ノ如キ其一例ナリ

第五 海 海ハ之ヲ分テ二ト爲ス公海及ヒ領海是ナリ前者ハ何レノ國家ノ權利ノ下ニモ立タサル海ニシテ後者ハ或國家ノ支配ニ屬スル海ナリ

一 領海 領海モ亦之ヲ細別シテ二ト爲ス一ハ沿岸海ニシテ他ハ狹義ノ領海ナリ

(甲) 沿岸海ノ範圍ハ前ニ一言セシカ如ク大千潮時ニ於ケル水陸分界ノ點ヨリ三海里ト爲スコトハ學者間ニ一定セル所ニシテ其根據トスル所ハ之カ始唱者タル和蘭ノ「ピンケルシユタ」ノ言フ所ノ如ク國家ノ防禦力ノ及フ範圍内タルニ在リ即チ砲丸ノ達スル所ハ其國家ノ防禦範圍ニ屬スト爲スモノニシテ昔時ニ在リテハ砲丸ハ通例三海里ノ距離ニ達スルニ過キサリシカ今日ニ於テハ武器製作ノ術大ニ進歩シ其力モ昔時ノ武器ノ比ニ非サルカ故ニ英國學者中ニハ十海里マテ延長スヘシト主張スル者アリ又國際法協會ニテハ六海里ト爲スヘキコトヲ議決セリ之ヲ各國ノ實例ニ徵スルニ我國ニ於テハ明治三年普佛戰爭ニ際シ局外中立ヲ宣言スルニ當リテ領海ノ三海里ナルコトヲ示明治五年ノ太政官達ニ於テモ亦同シク三海里ヲ以テ領海ト心得ヘキコトヲ公布セリ千八百六十六年ノ普瀾西ノ法律ニ於テハ砲丸ノ達スヘキ距離ヲ以テ領海トスト定メタリト雖モ總テノ大砲ハ同一距離ニ其砲丸ヲ達セシムル力ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ甚タ曖昧ナル結果ヲ生スルヲ免レス

沿岸海ニ對シテハ國家ハ如何ナル權利ヲ行フコトヲ得ルモノナリヤ是レ國際法上難問ノ一タリ之ヲ單純ニ考フルトキハ沿岸海ハ領海ノ一種ニシテ領海ハ或國家ノ支配ニ屬スル海ナルカ故ニ各國家ハ其沿岸海ニ對シテ其陸地ニ對スルト同一ノ權力ヲ及ホスコトヲ得ルカ如シト雖モ國際法規ハ決シテ斯ノ如クナラサルヲ見ル

先ツ國家ハ其沿岸海ヲ單ニ通航スル船舶ニ對シテ裁判權ヲ及ホササルヲ以テ國際法ノ原則ト爲ス此點ニ關スル國際先例ノ有名ナルモノハ所謂「フランコニア」號事件ナリ今其事件ノ要領ヲ摘示センニ千八百七十八年三月獨逸國ノ船舶「フランコニア」號(Erakonia)米國ニ向テ航行中英國海峽ヲ經過スルニ當リ同國ノ「ドバー」ヲ距ツルコト「海里半」ノ所ニ於テ英國ノ商船ト衝突シ之ニ便乗セシ英國婦人ヲ死ニ致セリ是ニ於テカ同國ノ檢事ハ「フランコニア」號ノ船長ノ所爲ヲ以テ過失殺ナリトシテ告訴セシカ裁判所ハ之ニ對シテ英國ハ單ニ其沿岸海ヲ通航スル外國船舶ニ對シテ裁判權ヲ有スルコトナシト判決セリ而シテ此判決ハ歐洲大陸ニ於テモ之ヲ是認セシカ英國政府ハ後ニ至リテ此判決ヨリ生スル不便ヲ認メ同年八月國內法ヲ發シテ此種ノ船舶ニ對シテモ裁判權アルコトヲ規定セリ所謂領水管轄規則即チ是ナリ顧フニ今日ノ國際法トシテ認メラルル所ハ英國ノ採用セシ前ノ見解ニシテ改正後ノ法律ハ一般學者ノ是認セサル所ナリ次ニ此種ノ船舶ニ對シテ通航稅ヲ課スルコトヲ得ルヤ否ヤヲ見ルニ何レモ消極的ニ決シ英國ト雖モ之ニ課稅スルコトナシ其他警察權ニ付テモ亦沿岸國ハ通航外國船ニ之ヲ及ホササルヲ常例トス要スルニ沿岸海ニ對スル國家權力ノ範圍ハ確的ノ文字ヲ以テ限定スルコト難シト雖モ自國ノ利害得失ニ非常ナル大關係アルモノニ限リテ其權力ヲ及ホスモノナリト云フモ過言ニ非スト信ス

(乙) 狹義ノ領海ハ沿岸海ヨリモ廣クシテ而モ國土タル部分ナリ港灣内海等之ニ屬ス港灣内ハ其入口ノ最モ狹キ部分ニ於テ防禦シ得ルノ實力ヲ有スルトキハ領海タリ前ニ述ヘタル沿岸海ニ關スル理論ヨリスレハ港灣ヲ抱ク陸地ノ各部ヨリ各三海里トシテ合セテ六海里以内ナルコトヲ要スルカ如キモ今日ニ於テハ縱令六海里ヲ超ユルモ常ニ其陸地ヨリ防禦シ得ル實力ヲ設クルニ於テハ之ヲ以テ領

海ト爲スモノトス内海ニ付テモ亦然リ水ヲ抱擁スル陸地ノ最狭ノ入口カ防禦力ノ範圍内ナルトキハ其内水ハ領海タリ故ニ我領内海ノ如キハ勿論我領海ニ屬スルモノトス即チ同内海ハ淡路ト和泉間ノ由良海峡、淡路ト阿波トノ間ノ鳴戸海峡ヲ始トシテ西部ノ入口ノ下關海峡及ヒ伊豫ノ佐田岬ト豊後ノ佐賀關間ノ海峡何レモ狹クシテ我防禦力ノ範圍内ニ屬スルモノニシテ今日外國船舶ノ自由ニ通航セルハ我レ彼ノ通航ヲ默許セルノミ

領海ニ對スル國家ノ權利ハ沿岸海ニ對スルモノト異ナリ即チ各國家ハ其領海ニ對シテハ陸地ニ對スルト同一ノ權利ヲ有スルモノニシテ從テ之ヲ通過スル外國船舶ニ對シテ裁判權ヲ行フコトヲ得ヘシ此點ニ關シ嘗テ朝野ノ議論トナリタルハ千島經事件ナリ明治二十五年ノコトナリ英國「ビー、オー」會社ノ郵船「ラベンナ」號我領内海ヲ通航セシカ帝國軍艦千島ト衝突シテ後者ハ遂ニ沈没ノ不幸ヲ見タリ當時我政府ハ「ビー、オー」會社ヲ被告トシテ英國裁判所ニ損害賠償請求ノ訴ヲ提起セシカ英國ノ判決ハ單ニ同國裁判所ハ外國政府ヲ當事者ト爲ス訴訟ヲ審理スルノ權限ヲ有セスト云フニ在リテ結局ハ和解ヲ以テ終リシト雖モ之ヲ國際法上ヨリ觀察スルトキハ瀨戸内海ハ領海ナリヤ否ヤ、此事件ハ何レノ國ニ於テ審理スヘキモノナリヤノ二箇ノ問題ヲ生ス(イ)前者ニ對シテハ前ニ解答セリ若シ之ヲ公海ナリト爲ストキハ今日ノ國際法上此事件ヲ解決スルコト能ハス蓋シ國籍ヲ異ニスル船舶ノ公海上ニ於ケル衝突ニ付テハ國際法規トシテ確定シタルモノナク千九百二年「ハンブルヒ」ニ於ケル會議モ亦之ヲ確定セシメ止ミシヲ以テナリ(ロ)當時我國ハ領事裁判權ノ下ニ在リシト雖モ之ニ關スル條約ハ原被兩造ハ一私人タル場合ニ限リ我裁判權ヲ及ホスコトヲ得サルニ止マリシカ故ニ予ノ見ル所ヲ以テスレハ此事件ハ結局我國法ノ下ニ於テ裁判シ得ヘカリシモノトス

二 公海 海洋ハ領地主權ノ客體ト爲ルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ羅馬法ハ之ヲ不融通物

(Res extra commercium)ト爲シ海洋ハ主權及ヒ所有權ノ客體ト爲スコトヲ得サルモノトセリ然ルニ中古ニ至リテ此原則ハ一變シ海ノ領有(Dominium maris)ナル主義ヲ採用スルニ至レリ例ヘハ「ヴェニス」ハ「アドリヤチック」海ヲ「ベヌア」ハ「リグリアン」海ヲ其主權ノ及フヘキ範圍内ナリト主張セリ其後英國モ亦之ヲ主張シ葡萄牙、西班牙等モ亦之ヲ主張セリ加之羅馬法王カ海洋ヲ二分シテ葡萄牙、西班牙ニ之ヲ分與シタルコトアリ此當時ヨリ海洋ハ領地主權ノ客體ト爲スコトヲ得ルノ原則行ハルルニ至リ其理由ノ根據ハ一ハ他國ノ交通ヲ妨害センカ爲メニシテ二ハ其國家カ海洋ノ利益ヲ斷斷セント欲スルニ在リ三ハ羅馬法王カ海洋ヲ主權以外ニ置クトキハ海賊橫行スルモ之ヲ處分スルコトヲ得サレハ寧ロ海洋ヲ強國ニ與ヘテ其惠ナカラシメント欲シタルニ在リ即チ葡萄牙、西班牙ニ與ヘタルノ理由ハ實ニ此點ニ存セリ然レトモ法王カ海洋ヲ分與シタルコトニ付テハ法王ニ此ノ如キ權限アルモノニ非サレハ之ヲ與ヘタルハ自己ノ有セサル權利ヲ與ヘタルモノナルヲ以テ其違法タルヤ言ヲ俟タス

斯ノ如ク諸國カ海洋上ニ主權ヲ主張シタルニ付キ最モ困難ヲ感シタルハ和蘭ニシテ即チ之カ爲メニ東印度ヘノ通路ヲ壅塞セラレタリ是ハ於テカ夫ノ有名ナル「ヒューゴ、グロチウス」ノ海洋自由論ヲ見ルニ至レリ是レ實ニ千六百九年ナリ氏ハ論シテ曰ク海洋ハ元來主權ノ目的物ト爲スヘキモノニ非スシテ空氣ノ如ク自由ナラサルヘカラス故ニ海洋ハ一國ノ爲メニ閉鎖セラルルモノニ非スト然ルニ之ニ反對セシ學者甚タ多ク伊太利ノ「サルベ」(Salvo)ハ千六百七十六年「アドリアチック」海領有論ヲ著ハシ葡萄牙ノ「フライタス」(Freitas)モ海洋ノ獨占論ヲ唱ヘタリ殊ニ海洋自由論ニ反對セルハ

英國ニシテ時ノ王「チャールズ」第一世ハ和蘭政府ニ請求シテ「グロチャース」ヲ處罰セシメントシ且「セルヴン」ニ下命シテ千六百三十五年閉鎖海論ヲ著述セシメ海洋ハ或一國家ノ領地主權ノ客體ト爲ルヲ得ヘキモノナルコトヲ論セシメタリ而シテ其當時ハ各國皆海上ニ主權ヲ行使スルコトヲ得ルモノト爲シタルノミナラス事實ニ於テモ亦之ヲ行使シタルカ故ニ「グ」氏ノ説ハ其當時ニ在リテハ用ヒラレサリキ然ルニ「グ」氏ノ死後約二百年紀元千七百二年ニ於テ「ビンケルシニク」ハ(Dominion mare)ヲ著ハシテ「グ」氏ニ和シ又其後「ブーフェンドルフ」「ウオルフ」「グザテル」等皆海洋ノ自由ニ賛成シテ今日ニ於テハ「グ」氏ノ所論ノ如ク海洋ハ自由ナルモノニシテ所有權又ハ主權ノ目的物ト爲ルヘキモノニ非サルコトヲ公認セリ然レトモ今日ニ於テモ亦閉鎖説ノ一部ハ尙ホ行ハルモノニシテ即チ公海ハ全ク自由ナリト雖モ沿岸海及ヒ狹義ノ領海ハ之ヲ閉鎖スルコトヲ得ルモノト爲スニ至レリ

## 第二項 領地主權ノ取得

昔時ニ於テハ領地主權ト所有權トヲ混同シ從テ前者ノ取得ニ付テハ總テ後者ニ關スル規定ヲ適用セシコト前項ニ略説セシカ如シ然レトモ今日ニ於テハ全ク兩者ヲ區別シ領地主權取得ノ方法ハ國際法上特別ノ研究ヲ要スルニ至レリ

領地主權取得ノ原因ハ之ヲ分テ二ト爲ス曰ク本來ノ取得曰ク傳來ノ取得即チ是ナリ而シテ其何レノ原因ヲ問ハス領地主權ノ取得トハ其名稱ヲ異ニシテ其實ヲ同シウスルモノナリ即チ領地主權ヲ取得スト云フトキハ外國ノ有スル領地主權ノ全部又ハ一部ヲ取得スルカ如ク聞ユルモ國際法上ノ

法理ハ無主ノ土地又ハ外國所領ノ土地ヲ取得シテ自國固有ノ主權ヲ其上ニ延長スルノ觀念ナリ故ニ嚴格ナル用語例ニ從ヘハ領地主權ノ取得ナル語ハ適切ナラサルヘシト雖モ從來ノ慣用ハ俄ニ改變シ難ク今日ノ學者ノ著書及ヒ條約等ニモ尙ホ此語ヲ用フル例多シ我馬關條約第二條ニモ「左記ノ土地ノ主權竝ニ……ヲ永遠日本國ニ割與ス」トアルカ如シ

以下領地主權取得ノ各原因ヲ説明スヘシ

### 第一 本來ノ取得

本來ノ取得ハ之ヲ細別シテ左ノ二トス

一 先占(Occupatio) 先占トハ何レノ國家ニモ屬セサル土地ヲ自國ノ主權ノ及フ範圍内ニ編入スルヲ謂フ故ニ先占ニハ左ノ要素ヲ具備セサルヘカラス

(イ) 先占ノ目的物カ無主地ナルコト

(ロ) 先占ノ意思アルコト

(ハ) 先占ノ行為アルコト

(ニ) 其行為ノ繼續スルコト

先占ノ主體ハ國家ナルコト及ヒ其始メ一私人又ハ一私法人ノ取得シタルモノト雖モ國家ニ於テ追認シテ其領有ト爲シ得ルコトハ後ニ領地主權取得ノ主體ノ下ニ於テ詳説スルカ如シ而シテ先占ハ(イ)一定ノ無主ノ土地ヲ取得スルコトヲ要スルモノナルカ故ニ縱令無主ノ土地ト雖モ彼ノ昔時ニ於テ行ハレタルカ如ク土地ノ一部例ヘハ沿岸又ハ河口ヲ先占シテ其土地全部ヲ取得シタリト爲スコトヲ得ス亞米利加發見ノ當時ニ於テハ西班牙、葡萄牙等ハ其土地ノ海岸ニ國旗ヲ掲立シテ陸上遙ニ五十里

又ハ百里ノ土地ヲ先占シタル主張セシト雖モ、斯クセハ他國ノ區域ト衝突ヲ來スノ恐アリ、領地ノ範圍明瞭ヲ缺クハ他日紛爭ヲ生スルノ種子ナルヲ以テ、今日ニ於テハ先占領域ノ一定ヲ以テ先占ノ一要件ニ數フルニ至レリ、又(ロ)先占ニハ其意思アルコトヲ要シ(ハ)意思外部ニ發現シテ先占ノ行爲ト爲ルコトヲ要スルハ細說ヲ須ヒサルヘシ、而シテ其行爲ハ一方ニ於テハ先占ノ形式上ノ要件ニシテ先占地ニ國旗ヲ掲立スルヲ以テ通例トス、又他方ニ於テハ其實質上ノ要件ニシテ其土地ヲ統治スルノ實力ナカルヘカラス、又(ニ)先占ハ其行爲ノ繼續スルコトヲ要ス、中間ニ於テ中絶スルトキハ先占タルコト能ハサルヘシ、今主權實行ノ繼續スルコトノ要件ニ付テ例ヲ舉クレハ、管テ西班牙カ「カロリン」群島ヲ先占シタルニ後千八百八十五年獨逸再ヒ之ヲ先占シ、西班牙ノ抗議ニ答ヘテ西班牙國ハ以前同島ヲ先占シタルコトハ事實ナリト雖モ、其後主權實行ノ繼續ナカリシヲ以テ其先占ヲ認ムルコト能ハスト主張セシカ如キ、又最近ノ例トシテ我國ト北米合衆國トノ間ニ南島島事件ニ關シテ紛紜アリシコトハ諸子ノ記憶ニ存スル所ナルヘシ、抑、此島ハ同國ニ於テ五六十以前ニ一度先占セシモ、其後行爲ノ繼續ナク我帝國ハ先占後絶ヘス之ニ主權ヲ實行シテ東京府ノ管内ニ屬セシムルコトヲ官報上ニ公ニセシ程ナリシヲ以テ當時米國ヨリ強硬ナル提議アリシトスルモ、勿論我領有タルナリ

先占ハ之ヲ諸外國ニ宣言セサルヘカラサルカ、或ハ之ヲ必要ナリト論スル學者アリ、又實例トシテ歐洲諸國間ニ亞弗利加地方ノ先占ニ付キ宣言ヲ行フト雖モ、是レ此種ノ國家間ニ特別ノ條約ヲ締結シタル結果トシテ然ルモノニシテ、今日確定シタル國際法上ノ原則ニ非サルナリ

學者或ハ先占ヲ以テ不法ナリト論ス、其理由トスル所ハ先占ハ詐欺手段ト暴力トヲ以テ野蠻人ヲ虐遇スルモノニシテ、人道ニ悖ルコト甚シト云フニ在リ、願フニ道德論トシテハ此說甚タ佳シ、法律論トシテ

ハ一顧ニ値ヒセサルヲ奈何セン、蓋シ國際法ハ國家ト國家トノ間ニ行ハルル規則ニシテ、其主體トシテ認メラル所ノモノハ國家ノミ野蠻未開ノ人類ハ僅ニ其族ヲ集合シテ棲息スト雖モ、是レ唯事實上ノ類同所ニ同居スルノミ河邊ノ砂礫ノ一所ニ横ハルト擇フ所ナシ、既ニ國家ニ非スシテ一ノ事實ナリ之人ニ對シテ國際法上ノ主體タル國家カ一定ノ行爲ヲ爲ス之ヲ不法ト云フハ、今日ノ國際法理ニ照シテ其理由ナキコト明カニシテ、深ク論及スルノ必要ヲ認メサルナリ

1. 増添(Accretion) 増添トハ自然ノ力ニ因リ國家ノ土地ノ増殖シタルヲ謂フ之ヲ細別シテ、次ノ三トス

ス

(イ)「アルグベオ」(Alluvio) 是レ水流ノ變動ニ因リテ或土地ニ増添ヲ生スルヲ云フ、那破翁一世ハ管テ和蘭ヲ以テ佛國領ナリト主張シ、其理由トスル所ハ「ライン」河(管テ佛領タリキ)ノ水流ノ變動ニ因リテ和蘭ナル土地ノ増添ヲ生シタルモノナルヲ以テナリト云フニ在リシカ、Alluvioハ爾ク極端ナル點マテヲモ認ムルモノニ非サルナリ

(ロ)「アルヴェウス・デレリクシス」(Aveus derelictus) 是レ河底ノ隆起ニ因ル土地ノ増添ナリ、然レトモ嚴格ニ云ヘハ取得ニ非ス、其河流及ヒ河底ハ本來其國家ノ領有タリシヲ以テナリ

(ハ)「インシラ・ナタ」(Terra nullius) 是レ領水中ニ島ノ生シタル場合ナリ、若シ太平洋中ニ生シタルモノナルトキハ先占ノ方法ヲ以テ之ヲ取得スヘキモノニシテ、増添ニ非ス、管テ伊太利ノ南部ニ於テ太平洋中ニ一島ヲ生シタルヲ以テ英國ハ直チニ之ヲ先占シ之ニ「フージサンデア」(Ferdinandea)ト命名セシカ、暫クシテ海中ニ其形ヲ匿シタル

第二 傳來ノ取得

國際公法(平時)

本論 國際法ノ主體 國家ノ性質



傳來ノ取得トハ或國家ノ主權ニ屬シタル領地ヲ取得スル行爲ヲ謂フ而シテ其行爲ニハ讓渡國ニ於テ之ヲ讓渡スノ意思ヲ有シ讓受國ニ於テ讓受ノ意思アルコトヲ必要トス是レ即チ國際法上ニ於ケル法律行爲ナリ之ニ反シテ掠奪ハ之ヲ取得スル國家ニ於テハ之ヲ取得スルノ意思アルモ掠奪セラルル國家ニ於テハ之ヲ讓渡ス意思ヲ有セスシテ全ク其意思ニ反スルモノナリ而シテ此土地獲得ノ有效無効ハ一ニ其條約ニ依リテ之ヲ決定スルモノトス即チ其條約ニシテ有效ナラシカ其獲得モ亦有效ナリ其條約ニシテ無効ナラシカ其獲得モ亦無効ナリ此條約ノ果シテ有效ナリヤ將タ無効ナリヤハ普通一般ノ條約締結ノ原則ニ從ヒテ之ヲ定ムヘキモノナリ

昔時ニ在リテハ先占ヲ分テ二ト爲シ Occupatio colonias 及ヒ Occupatio bellica トセリ前者ハ無主地ヲ先占シテ自己ノ領有ト爲スモノニシテ後者ハ戰爭ニ因リテ之ヲ取得スルヲ謂フ蓋シ古代ニ在リテハ自國ノミヲ以テ國家ト爲シ他國ノ存在ヲ認メザリシヲ以テ之ヲ無主ノ土地ト爲シ先占ニ因リテ取得スルコトヲ得トセシモ後ニ至リ外國ノ存在ヲ認ムルニ至リテモ尙ホ戰爭ト同時ニ相手方タル敵國ノ領地ハ無主ト爲ルモノトセシナリ然レトモ今日ニ在リテハ縱令戰爭ニ敗リ取ルモ戰勝國當然ニ敗國ノ土地ヲ取得スルコトヲ得ス必スヤ傳來取得ノ原因タル法律行爲ナカルヘカラス故ニ今日ニ於テハ所謂 *uti possidetis* ノ原則行ハルルモノト知ルヘシ

傳來ノ取得ハ之ヲ割讓ト稱ス土地ノ割讓ノ主體ハ國家ナリ故ニ割讓條約ハ國家ト國家トノ間ニ締結セラルルコトヲ要ス故ニ國際法上ノ主體ニ非サル者ノ締結シタル約束ハ國際法上所謂條約ニ非サルナリ例ヘハ一私立會社カ國家ト締結シタルモノハ條約ニ非ス故ニ蠻族ノ酋長ト約束スルコトアルモ是レ條約ニ非スシテ一ノ契約ニ過キササルナリ然ルニ實際上ニ於テハ斯ル契約ハ正當ノモノナリト看做サレ殊

ニ或一派ノ學者ノ如キハ此事實ヲ認メテ權利關係ナリト爲シ斯ノ如キ關係ハ便宜ト善意トニ出テタルモノナルヲ以テ準國際法の關係ナリト主張セリ然レトモ予輩ハ所謂準國際法の關係ナルモノヲ認ムルコト能ハス斯ノ如キハ單ニ一ノ事實ニ過キササルモノニシテ國際法上ノ權利義務ヲ生スルモノニ非ス從テ其取得ハ所謂割讓ニ非スシテ先占ノミ

割讓條約ニシテ第三國家ノ故障ニ依リテ其效果ヲ奏セサルコトアリ契約カ效力ヲ第三者ニ及ホササルカ如ク條約ハ效力ヲ第三國家ニ及ホスヘキモノニ非ス然レトモ政治上ヨリ第三國家カ之ニ故障ヲ主張シタル爲メ遂ニ其條約ノ成立ニ至ラサルコトアリ又ハ條約ハ成立スルモ其條約ヨリ效果ヲ生セサルコトアリ例ヘハ日清事件ニ於テ遼東半島ノ割讓條約カ三國干涉ノ爲メ其效果ヲ生セザリシカ如キ又露西亞、土耳其間ノ「サンステフアノ」割讓條約カ柏林會議ニ依リ妨害セラレタルカ如キ又千八百四十六年ニ於テ「クラコー」カ塊地利ノ割讓セラレントスルニ方リ英國ノ故障ヲ受ケタルカ爲メ割讓セラレザリシカ如キ其他千八百六十七年和蘭カ其一部「ルクセンブルヒ」ヲ那破翁三世ニ割讓セントセシニ普瀋西ノ干涉ニ遭ヒテ止ミタリシカ如キ即チ是ナリ而シテ是レ一ノ事實ニシテ外交上ノ政略ニ出テタルニ過キス理論上此事實アルヲ以テ第三國家ハ條約ノ當事國家ニ對シテ權力ヲ行使シ得ヘキモノナリト斷言スヘカラサルハ言ヲ俟タサル所ナリ而シテ是レ學者ノ所謂政治上ノ權力平均問題ニシテ法律上ノ問題トシテハ更ニ價值ナキナリ

傳來ノ取得即チ割讓ノ種類ハ分テ左ノ數種ト爲ス

一 交換 茲ニ所謂交換トハ土地ト土地トヲ交換スルヲ謂フ其實例ハ多クノ著書ニ掲載シアアルヲ以テ就テ之ヲ見ルヘシ其最モ著シキモノハ明治八年千島ト樺太トヲ日本カ露國ト交換シタル如キ又千八

百八十九年英領「ヘルゴランド」島ト在亞弗利加ノ獨逸領「サンジバル」「ウガンダ」「ウキツ」トヲ交換シタルカ如キ是ナリ

二 賣買 賣買トハ國家ノ一方カ金錢ヲ與ヘテ土地ノ主權ヲ獲得スル行爲ヲ謂フ學者殊ニ獨逸學者ハ國際法上賣買ハ之ヲ認ムヘカラザルモノナリト唱フ而シテ其根據トスル所ハ賣買ハ元來私法上ノ所有權ヲ移轉スル行爲ナリ然ルニ主權ハ所有權ニ非サレハ之ヲ以テ賣買ノ目的物ト爲ス又國家ノ領地權ハ到底金錢ニテ見積リ得ヘキモノニ非スト云フノ二點ニ在ルモノノ如シ然レトモ私法上ニ於ケル賣買ナル名稱ヲ以テ國際法上ニ適用スルハ毫モ差支アルコトナク即チ私法上ニ於テハ所有權ヲ移轉ヲ目的トシ國際法上ニ於テハ所有權ヲ目的ト爲サスシテ主權ヲ目的ト爲ス行爲ヲ賣買ト稱スルハ唯其目的物ニ差異アルノミニシテ金錢ヲ得テ土地ヲ讓渡スノ行爲タルノ點ニ於テハ毫モ異ナル所ナキナリ是故ニ實際ニ於テモ亦之ヲ賣買ト稱セリ例ヘハ千八百六十五年八月十四日普漏西カ從來地地利ト共有シタル「ラウエンブルヒ」侯國ヲ「ガスタイン」條約第九條ニ依リ二百五十萬「ターレル」ヲ以テ買受ケタルカ如キ北米合衆國カ「アラスカ」ヲ露國ヨリ買受ケタルカ如キ其他英國カ土耳其ヨリ「ソコトラ」ヲ買得シタルカ如キ皆其例ナリ

三 贈與 贈與トハ國家ノ一方カ無償ニテ他方ニ土地ヲ讓渡スル行爲ヲ謂フ而シテ何カ故ニ之ヲ贈與スルカハ所謂遠因ニシテ政治上ノ問題ナリ而シテ其例ハ千八百六十三年英國カ「アイオニヤン」群島ヲ希臘ニ與ヘタルカ如キ千八百六十年三月二十四日ノ「トリノ」「ツウリン」條約ニ依リ伊太利カ佛蘭西ノ保護ノ下ニ統一シ得タル報酬トシテ「サボア」「ニース」ノ二箇ノ土地ヲ贈與シタルカ如キ是ナリ

#### 四 締結條約ニ因ル土地ノ割讓

割讓セシメ日清戰爭ノ結果我國ハ臺灣ヲ受ケ普佛戰爭ノ結果佛國ハ「アルサス」「ローレン」二州ヲ普國ニ割讓セシカ如キ是ナリ而シテ此種ノ割讓條約ハ多クノ場合ニ於テハ強迫ニ起因スルモノナルカ故ニ或ハ之ヲ以テ國際法上無効ナリトシ又ハ取消シ得ヘキモノナリト論スト雖モ多數ノ學說及ヒ實際ハ之ヲ以テ有效ナリトス何カ故ニ普通私法ニ於テハ強迫ニ因ル意思表示ヲ以テ取消シ得ヘキモノト爲スニ反シ國際法ハ之ヲ有效ト爲スカ之ニ關スル說明ハ條約ノ下ニ讓ル

以上ノ說明ニ依リテ領地主權取得ノ原因ヲ説テセリ然ルニ名ハ領地取得ノ原因ニ非スシテ其實之ニ同シキモノアリ永久占領及ヒ租借即チ是ナリ英獨ノ學者ノ多クハ之ヲ以テ事實上ノ取得ト稱ス

一 永久占領 占領トハ他國家ニ屬スル土地ノ上ニ主權ヲ行使スルモノナリ之ニニアリ一時占領及ヒ永久占領是ナリ一時占領ハ領地主權ノ取得原因ニ非ス例ヘハ日清戰爭ノ終ニ際シ其價金支拂ノ擔保ノ爲メニ我國カ支那ノ威海衛ヲ占領シタルカ如キ獨逸カ普佛戰爭ノ終ニ際シ「ベルフォール」ヲ占領セシカ如キ何レモ領地主權取得ノ原因ニ非サルナリ之ニ反シテ永久占領ハ事實上結局領地主權ヲ取得スルニ至ルモノニシテ其例トシテハ千八百七十八年ニ於テ英國ハ土耳其ノ「サイブラス」島ヲ同國トノ秘密條約ヲ以テ占領セシカ今日ニ至ルモ尙ホ之カ占領ヲ繼續シ既ニ主權ヲ取得シタリト爲ス其他千八百七十八年地地利ハ「ボスニア」及ヒ「ヘルツェゴビナ」ヲ占領セシカ此占領ハ千八百七十七年ノ埃露間ノ條約及ヒ千八百七十八年ノ柏林條約千八百七十九年ノ埃土間ノ條約皆之ヲ認メ今日ニ於テモ尙ホ其占領ヲ繼續セリ

之ヲ以テ領地主權取得ノ原因ト爲ササルナリ

二 租借 租借トハ他國ノ領土ヲ借受クルヲ謂フ是レ近頃ニ至リテ始マリタルモノニシテ千八百九十七年獨逸カ支那ノ膠州灣ヲ租借シ其年限ヲ九十九年トシ其翌年露國ハ旅順大連ヲ租借シテ年限ヲ二十五年トシ英國亦威海衛ヲ租借シテ露國カ前記ノ土地ヲ租借スル間ヲ以テ其年限トセリ而シテ租借ハ前述ノ如ク單ニ他國領土ヲ借受クルモノニシテ理論上領地主權ヲ取得セス又其國ノ主權ヲモ害スルモノニ非スト雖モ實際ニ於テハ主權ヲ取得シタルモノトシテ裁判權ヲモ其上ニ行ヘルヲ見ル

領地主權ノ取得原因トシテ時效ヲ認ムヘキモノナリヤ否ヤ之ニ付テハ國際法學者ノ所說一致セス「ヴラデル」ノ如キ「ワイルドマン」「フィールド」「オルトラシ」等ハ積極說ヲ主張シ「クリューバー」「マルテン」等ハ消極說ヲ主張ス前者ノ理由トスル所ハ國內法上ニ於テ時效制度ヲ認ムルト同シク若シ之ヲ認メサルトキハ今日國ヲ成ス各國家ハ自國ノ領土ヲ如何ニシテ取得シタルヤヲ答フルコト能ハサルニ至リ紛議ノ源ト爲ルヘシト云フニ在リ而シテ其年限ニ付テモ考フヘカサル昔時ヨリ土地ニ對シテ主權ヲ行使シタルコトヲ要スト爲ス說アリ英國ノ「ワイルドマン」「プルンチュリー」「フィモア」等はナリ多クノ學者ハ單ニ一定ノ年限ヲ定ムヘシトノミ主張ス而シテ其年限ヲ一定シテ之ヲ二十五年ト爲スヘシト主張スルハ伊太利ノ「フィオレー」ニシテ氏ハ此年限内ハ私法ノ時效制度ノ如ク中斷又ハ停止ナルモノナシト説明セリ然レトモ此說ハ未タ採用セラルルニ至ラサルナリ

### 第三項 領地主權取得ノ主體

領地主權取得ノ主體ハ國家ナリ唯國家ノミニ限ル然ルニ之ニ對シテハ反對說アルヲ知ラサルヘカラス

抑々領地主權ノ主體ノ何タルヤヲ定ムルニ非サレハ果シテ領地ヲ獲得シタルヤ否ヤヲ確定スルコトヲ得ス蓋シ國際法上ニ於テ領地主權ヲ取得スル主體ノ如何ヲ定ムルハ私法上ニ於テ私權ヲ取得スル主體ノ如何ヲ定ムルト同一ナレハナリ然リ而シテ國際法上ニ於テ主權ノ主體タルコトヲ得ルハ即チ國家ナリト雖モ國家ハ素ト無形ノ法人ナルカ故ニ自ラ領地ヲ獲得スルコトヲ隨チ國家カ領地ヲ獲得スルニハ必スヤ機關ニ依ラサルヘカラスシテ憲法上斯ル權限ヲ有スル者ニ於テ之ヲ獲得スルコトヲ要ス尤モ此機關ハ必スシモ常設ノモノタルコトヲ要セス一時的ノ機關ニテモ可ナリ又既ニ一私人ノ獲得シタルモノヲ後日ニ至リテ國家カ承認シタルトキハ國家自ラ獲得シタルト同一ノ結果ヲ生スルモノトス「コロンバ」カ「カスチリヤ」ノ女王ノ命ヲ奉シテ新世界ヲ發見セシカ如キハ國家ノ命令アリシニ因ル例ニシテ千五百十三年西班牙カ「バルボア」(Balboa)ナル者ノ取得セシ土地ヲ其國ノ領土トセシハ追認ニ因ルノ例ナリ又其取得行為ヲ爲ス者ハ必スシモ自國人タルコトヲ要セス第三國人ヲ使用スルモ妨ナキナリ例ヘハ英國王「ヘンリー」七世カ伊太利人「カボット」(Cabot)ニ命シテ北米大陸ノ或部分ヲ取得セシタルカ如キ是ナリ

十六世紀ヨリ十八世紀ニ亘リテ殖民ノ盛ナリシ時代ニ於テハ自國ノ國民カ外國ニ於ケル或土地ヲ發見シタルトキハ其土地ハ當然所屬國家ノ領有ニ歸スヘキモノナリトノ說行ハレタリ然レトモ若シ此說ヲ貫徹センカ國家ハ其臣民ノ對外的ノ總テノ行為ニ付キ責任ヲ負ハサルヘカサルニ至ルヘク不當ノ結果ヲ生スヘキカ故ニ今日ニ於テハ否認セラルル所ナリ然ルニ英國ニ於テハ今尚ホ此說ヲ採用シ同國ノ學者「クリーシー」(Cressy)ハ其著憲法論ニ於テ英國臣民カ或土地ヲ取得シタルトキハ國家不知ノ間ニ於テモ當然同國家ニ歸屬スルモノナリトシ獨逸ノ「ステンゲル」(Stengell)亦此說ヲ是認ス然レトモ國

際法トシテ探ラルル所ニ非サルナリ

以上ノ所論ノ結果トシテ私人カ國家ノ命令ナク又ハ承認ナクシテ或土地ヲ取得シタルトキハ國際法上ニ於テハ尙ホ無主ノ土地タルヲ免レス即チ予ハ國家ノ臣民カ國家ニ屬セサル土地ノ上ニ主權ヲ獲得スルコトヲ認メス若シ之ヲ認メンカ一方ニ於テハ本來所屬セシ國家ニ對シテハ臣民トシテ絕對無限ニ之ニ服從シ他方ニ於テハ自家所領ノ土地ニ對シテ主權者タルニ至リ治者ニシテ被治者タルノ矛盾ヲ來スニ至ルヘシ但土地取得ノ私人ニシテ無國籍人タルカ又ハ其前國籍ヲ喪失スルニ至ルトキハ自ラ別論ナリトス

之ヲ要スルニ國家以外ノモノカ國際法上ノ主體タルコトヲ得ヘシトノコトハ國際法上ノ國家タル性質ニ適合セサルモノナリ多數ノ國際法學者ハ予輩ト其斷定ヲ同シウスルニ拘ハラス有名ナル國際法學者殊ニ英國ノ「トラベルストウイス」佛國ノ「エミール、ゾラブレ」(Emile de Laveleye)伊國ノ「カテラニ」(Cattellani)ノ如キハ明カニ私法上ノ會社カ領地主權ヲ獲得スルコトヲ得ヘシト主張セリ然レトモ此說ヲ主張スル學者ト雖モ未タ學理的ニ其如何ナル理由ニ基キヤヲ説明シタル者ナク唯事實上此ノ如キコトカ歷史上ニ於テ屢々實見セラルル所ナリトシテ例示スルニ過キサルナリ今左ニ其實例ヲ示サント欲ス

一 獨逸ニ「ドイッチェー、リッタルオルデン」(騎士組合)ナルモノアリ是レ一ノ宗教上ノ組合ノ如キモノニシテ異教信者ヲ排斥シ且異教信者ヲ改宗セシムルヲ目的トシタルモノナリ又同國ニ「シユウエルトブル」デ「ナルモ」アリテ此組合モ亦同一目的ヲ有スルモノナリシカ千二百三十七年ニ至リテ此二箇ノ組合ハ合併シテ「プロイセン」(クルルランド)「リプランド」等ノ土地ノ上ニ主權ヲ行使シタルコトアリ而シテ此團體カ主權ヲ行使シタル證據ハ外國ト條約ヲ締結シ戰爭ヲ爲シ公使ヲ交換シタルノ事實ニ徴シテ明白ナリ

二 「ヨハンニータル、オルテン」ノ如キモ亦主權ヲ行使シタルコトアリ而シテ此團體カ主權ヲ行使シタル證據ハ外國ト條約ヲ締結シ戰爭ヲ爲シ公使ヲ交換シタルノ事實ニ徴シテ明白ナリ

三 千八百十六年亞米利加「ワシントン」ニ亞米利加殖民會社ナルモノヲ創設セリ而シテ此會社ノ目的ハ黑人カ社會上竝ニ法律上非常ナル壓制ヲ受ケタルヲ以テ黑人ヲ此壓制ヨリ免レシメントスルニ在リ而シテ此會社ハ千八百二十一年亞弗利加ノ西部沿岸ニ領地ヲ取得シ其土地ニ對シテ主權ヲ行使セリ其後千八百三十九年ニ至リ此土地ハ「ワシントン」ニ在ル本社ヨリ獨立シ千八百四十七年ニハ終ニ一箇ノ共和國ヲ組織シタリ翌年ニ至リ英國ノ承認ヲ受ケ千八百六十五年ニハ葡萄牙ノ承認スル所ト爲レリ今日ノ「リベリヤ」國即チ是ナリ斯ノ如ク外國領地ニ非サル土地ニ對シテ一會社カ主權ヲ行使シタルコトアリ

四 千八百三十一年「リベリヤ」ノ東方ニ於テ私法上ノ一會社ヲ設立セリ其目的ハ第三ニ述ヘタル亞米利加會社ト同一ナリ而シテ初ハ「メレラランド」ト名ケタリシカ其後千八百五十四年遂ニ獨立ヲ宣言シ而シテ千八百六十八年ニ至リ「リベリヤ」ト合併シタリ

五 千六百三年和蘭東印度會社起リ又千六百年英國東印度會社起リタリ然レトモ此二會社ハ本問題ノ適例ニ非ス何トナレハ前者ハ土地ヲ有シ人民ヲ有スルモ其土地其人民ハ決シテ會社ノ土地人民ニ非スシテ畢竟本國ノ主權ヲ行使シタルニ過キサレハナリ後者モ亦英國カ其上ニ主權ヲ有スルモノニシテ會社自身ハ主權ヲ有セサレハナリ而シテ前者ハ千八百十年ニ至リ後者ハ千八百五十七年ニ至リテ之ヲ廢止セリ是レ兩會社共ニ本國ヨリ其權限ヲ取戻サレタルニ由ルモノナリ



六 最モ適例トシテ見ルヘキハ亞弗利加ノ「コンゴ」國是ナリ此國ハ「スタンレー」カ始メテ根據ヲ作リタル土地ニシテ千八百七十六年白耳義王「レオポルド」第二世カ亞弗利加國際會社ヲ創設シタルヨリ出ツルモノナリ而シテ此會社ハ「レオポルド」王カ私ノ力ヲ以テ立テタルモノニシテ決シテ國權即チ國家ヲ代表シテ設ケタルモノニ非ス「レオポルド」王ハ其土地ノ會長ト土地割讓ノ條約ヲ締結シ其土地ヲ以テ會社ノ所有トセリ葡萄牙ハ此土地カ自國ノ領域内ナル旨ヲ主張シ抗議ヲ提出セリト雖モ其抗議ハ遂ニ效ヲ奏セサリキ而シテ其後該會社ハ從來ノ私法上ノ會社タル關係ヲ廢シ主權ヲ行使スルニ至リシヲ以テ佛國ヲ始メ北米合衆國、獨逸、英國、露國其他ノ諸國悉ク之ヲ承認シタリシモ獨リ葡萄牙ハ最後ニ承認スルコトト爲レリ而シテ千八百八十五年二月二十三日白耳義ヨリモ專制君主國タル承認ヲ受ケ「レオポルド」第二世ハ白耳義王タルト同時ニ此「コンゴ」專制君主國ノ元首ト爲リタリ

七 千八百八十四年亞弗利加ニ於テ獨逸東部亞弗利加會社ナルモノ設立セラレタリ此會社ハ同年十一月及ヒ十二月ニ於テ其土地ニ於ケル會長等ト條約ヲ締結シ其土地ヲ割讓スルコトト爲シタリ其條約文中ニ此土地ハ獨逸ノ法律ニ從ヒ主權ナル意義ヲ有スル權利ヲ會社カ獲得ストノ明文アリ而シテ翌年二月二十七日ニ至リ會社ハ獨逸帝國ニ其主權ヲ與ヘタリ

八 東部亞弗利加ニ「ウィッ」ナル土地アリ千八百八十五年四月八日此地ノ會長ハ二十平方哩ノ土地ノ所有權及ヒ土地主權ヲ獨逸ノ旅行者タル「ソレメンズ」「デンハルト」ニ賣却シ而シテ同年五月ニ至リ獨逸帝國ノ保護ヲ受クルニ至レリ

九 支那「マカオ」ハ千八百五十七年ヨリ千八百六十二年ニ至ルマテ葡萄牙ノ商人カ該地ニ於ケル主權

者タリ

十 「ボルネオ」ニ於ケル「サラウィク」ハ千八百四十一年ニ「サー、ゼームス、ブルック」カ主權者ト爲リ其後千八百六十六年ニ至リ「ブルック」死シタルヲ以テ其孫「チャールズ、ジョンソン、ブルック」ナル者其土地ニ對シテ主權ヲ行使スルニ至レリ

#### 第四項 領地主權ノ喪失

領地主權喪失ノ原因ハ前第一項ニ於テ説明セシ傳來ノ取得ニ付テハ其反面現象ナリ故ニ例ヘハ甲國家カ媾和條約ニ因リテ領地ノ割讓ヲ受ケタルトキハ是レ傳來ノ取得ナリト雖モ割讓國ニ取リテハ其喪失ト爲ルモノト然レトモ本來ノ取得ニ在リテハ其取得スヘキ主權ハ他國家ニ關係ナキヲ以テ其反面ニ於テ主權ノ喪失アルコトナシ

領地主權喪失ノ原因ハ之ヲ分テ二ト爲ス任意的喪失及ヒ強制的喪失即チ是ナリ而シテ或時代ニ於テハ領地主權喪失ノ總テノ場合ニ於テ其土地上ノ人民ノ意思ヲ問ハサルヘカラストセリ之ヲ「プレビサイト」「Euboean Plebsait」ト稱ス例ヘハ千八百六十年ニ於テ伊太利カ佛蘭西ニ對シ「サボア」「ニース」ヲ割讓スルニ當リテ其土地上ノ人民ノ意思ヲ問ヒタルカ如キ是ナリ而シテ其理由トスル所ハ國家ハ土地及ヒ人民ノ上ニ主權ヲ行フモノニシテ人民ハ其要素ナリ故ニ土地割讓ノ場合ニ於テハ其要素タル人民ノ意思ヲ問フハ必要缺クヘカサル所ナリト云フニ在リト雖モ是レ誤レリ人民ハ國家ノ要素タルコト勿論ニシテ人民ナクシテ國家アルヘキ理由ナシ而シテ適當ノ方式ヲ踐ミテ決シタル國家ノ意思ハ決シテ人民ノ意思ニ反スルコトナク恰モ一人ノ行爲ニ付キ其手足ノ運動ト區別スルコトヲ得サルト同シ

加之若シ臣民ハ國家ノ要素ナルカ故ニ其同意ヲ經ヘキモノトセハ何故ニ其國民ノ全體ニ對シテ其意思ヲ問ハサルヤ殊ニ領地主權喪失ノ場合ニノミ其同意ヲ得其取得ノ場合ニ於テ同意ヲ求メサルヤ人民要素說ハ到底之ヲ維持スルコト能ハサルナリ或ハ領地喪失ハ國家ノ不利ナルニ反シ其取得ハ之ニ利ナルヲ以テ一ハ人民ノ同意ヲ得他ハ之ヲ要セサルナリト論スル者アルヘシト雖モ土地ノ取得ハ何レノ場合ニ於テモ國家ノ爲メニ利益ナリト云フコトヲ得ス故ニ今日ニ於テハ領地主權喪失ニ付テ其臣民ノ同意ヲ要セサルニ至レリ

### 第三款 人民

國家ノ第三ノ要素ハ其國籍ヲ有スル自然人ナリ國籍トハ或自然人カ或國ノ主權ニ絶對的ニ服從スル關係ヲ謂フ而シテ所謂自然人トハ何ソヤノ問題ハ法律學ノ研究領域ヲ脱シ茲ニ說述スルノ限ニ在ラス然レトモ其所謂自然人カ如何ニシテ國籍ヲ有スルニ至ルヤ又何時ヨリ自己ノ從屬スル國家ノ法律上ノ權利ヲ享有行使スルニ至ルヤハ各國國內法ノ規定スル所ニシテ我國ニ於テハ國籍法ヲ以テ之ヲ規定ス又人民ハ君主國ニ在リテハ之ヲ臣民(Subjects)ト稱スト雖モ共和國ニ在リテハ之ヲ人民ト云フ然レトモ予輩ハ茲ニ此等各國國內法ノ規定ヲ詳説スルヲ目的トスルコトナク國際法上國籍ノ取得喪失ニ關シテ如何ナル規定ノ行ハルルヤヲ見ルヘシ

### 第一項 國籍ノ取得

國籍取得ノ原因ハ之ヲ分テ二ト爲ス一ハ本來的ノ取得ニシテ他ハ傳來的ノ取得ナリ本來的ノ取得トハ

出生ニ因リテ始メテ或國家ノ國籍ヲ取得スル場合ニシテ傳來的ノ取得トハ從前所屬ノ國籍ヲ喪失シテ新ニ他ノ國籍ヲ取得スル場合ナリ而シテ後者ニ屬スルモノハ歸化ヲ以テ其主ナルモノトシ其他數箇ノ原因之ニ屬ス

### 第一目 出生ニ因ル國籍ノ取得

國籍取得ノ原因ハ其數多シト雖モ就中最モ重ナルモノヲ出生ニ因ルモノトス出生ニ因ル國籍ノ取得ニ出生ナル事實アリタル場合ニ子ヲシテ其父又ハ母ノ國籍ニ從ハシムルノ主義アリ之ヲ血統主義ト名ク又出生ナル事實アリタル場合ニ其子ヲシテ出生地ノ國籍ニ從ハシムルノ主義アリ之ヲ出生地主義ト稱ス而シテ此二主義ヲ折衷シタルモノアリ之ヲ折衷主義ト謂フ今日ニ於テ最モ廣ク採用セラルルハ折衷主義ニシテ前二主義ハ何レモ缺點アルヲ免レス蓋シ血統主義ニ依ルトキハ往往其父母ノ一方又ハ雙方ヲ知ルコト能ハサル場合ヲ生シ狭キニ失スルノ嫌アリ又出生地主義ヲ採用スルトキハ出生地ノ不明ナル場合ハ出生地カ無主ノ地ナル場合又ハ二箇以上ノ主權ノ行ハルル共有地ナル場合ニ於テ其上ニ出生シタル者ノ國籍ヲ定ムルコト能ハサルノ缺點アルヲ以テナリ然レトモ所謂折衷主義ニモ血統主義ヲ本位トスルモノト出生地主義ヲ基本トスルモノトノ細別アルヲ見ル

我國籍法ハ血統主義ヲ基本ト爲シ之ニ出生地主義ヲ交ヘタルモノナリ國籍法ノ規定ニ依レハ出生ニ因リ日本ノ國籍ヲ取得スル場合ヲ次ノ五ト爲ス

#### 第一 父カ日本人ナルトキ

#### 第二 父カ不明ナルカ又ハ無國籍ナル場合ニ其母カ日本人ナルトキ

第三 母カ懷胎シタルトキ父カ日本人ニシテ子ノ出生シタルトキニ父カ離婚又ハ離婚ニ因リテ外國ノ國籍ヲ獲得シ居リタルトキ(以上血統主義)

第四 日本ニ於テ生レタル子ノ父母カ共ニ知レサルトキ

第五 日本ニ於テ生レタル子ノ父母カ共ニ無國籍人ナルトキ(以上出生地主義)

然ラハ(イ)父母共ニ不明ニシテ其出生地モ亦不明ナル者及ヒ(ロ)父母共ニ無國籍人ニシテ其出生地不明ナル者ハ之ヲ如何ニ決スルヤ舊民法人事編第七條第四項ハ「……若シ其出生地ノ知レサルトキハ現ニ日本國內ニ在ル者ハ日本人トス」ト規定セシト雖モ是レ不可ナリ蓋シ若シ此規定ノ如クスルトキハ無籍浮浪ノ徒ヲ増加シ國家ハ利スル所ナクシテ無用ノ輩ヲ保護セサルヘカサルニ至レハナリ現行法ハ何等之ニ關スル明文ナキヲ以テ之ニ日本ノ國籍ヲ與ヘサルモノナリト解ス

英國ニ於テハ英國人ヨリ生レタル子ハ其出生地ノ何レタルヲ問ハス總テ之ヲ英國人ト爲シ(絕對血統主義)又外國人ヨリ生レタル子ナルモ英領ニ於テ生レタルモノナルトキハ之ニ英國ノ國籍ヲ取得セシメタリ(絕對出生地主義)然レトモ例外トシテ英國ノ領地カ外國ヨリ占領サレタルモノナル場合ニ其占領地ニ於テ外國人ヨリ生レタル子(即チ敵國人ノ子)ハ之ヲ英國人ト爲サザリシナリ又千八百七十年ノ追加條例ニ依リテ英國人ノ子ナルモ外國ニ於テ生レタルモノハ其子カ成年ニ達シタル後其子ノ意思ニ因リ外國人ト爲ルコトヲ得ヘタ又英國ニ於テ外國人ヨリ生レタル子ハ其外國人ノ本國法カ之ヲ自國人ト爲ストキハ其子カ成年ニ達シタル後外國人ト爲ルコトヲ得トノ例外ヲ設ケタリ

佛國ニ於テハ血統主義ヲ原則ト爲シ之ニ交フルニ出生地主義ヲ以テセリ然レトモ其出生地主義ハ通常ノ出生地主義トハ異ナレリ予ハ之ヲ二代出生地主義ト名ケントヌ即チ千八百五十一年二月七日ノ法律

ノ規定ニ依レハ佛國ニ於テ生レタル子ハ其父カ佛國ニ於テ生レタルモノナルトキハ佛國ノ國籍ヲ獲得セシムトアリ然レトモ此主義ノ弊害ハ例ヘハ或外國人タル夫婦カ數十年前ニ佛國ニ旅行中子ヲ生ミタリトセンニ其子カ數十年ヲ經テ佛國ニ行キタルニ偶ニ子ヲ生ミタリ此場合ニ其子ハ佛國人ト爲ルノ如ク會テ父母カ佛國ニ生レタルモノナリトノ偶然ナル理由ニ因リ其子ヲ佛國人ト爲スハ毫モ理由ナキモノト謂ハサルヘカラス故ニ千八百七十四年十二月十二日ノ法律ニ依リテ斯ノ如キ子ハ成年ニ達シタル後外國ノ國籍ヲ有セリトノ證明ヲ爲シ佛國人タルカ將タ其外國ノ國籍ヲ得ルカヲ選擇スルノ自由ヲ與ヘタリ又伊太利ノ法律ニ依レハ血統主義ヲ基本ト爲シ之ニ交フルニ一種ノ出生地主義ヲ以テセリ即チ伊太利ニ於テハ十年間引續キ伊太利ニ住所ヲ有シタル外國人ノ子ニシテ伊太利ニ於テ生レタルトキハ之ヲ伊太利人トスト「ルクセンブルヒ」ニ於テハ又血統主義ヲ探レトモ出生地主義ニ依リテ之ヲ折衷セリ而シテ其折衷ノ方法ハ佛國ノ主義ト伊太利ノ主義トヲ混合シタルモノナリ即チ二代出生ノ子ノ父母カ引續キ「ルクセンブルヒ」ニ住所ヲ有シタル場合ニ於テハ其子ヲ「ルクセンブルヒ」人ト爲スコト是ナリ又自耳義ノ民法草案ハ父母共ニ自耳義人ナルトキハ勿論父ノ自耳義人ナルトキ又ハ母ノ自耳義人ナルトキモ之ニ其國籍ヲ與ヘ其理由由スル所ハ此法制ハ生レタル子ノ爲メニ幸福ナリト云フニ在リト雖モ一方ニ於テ國籍ノ積極的衝突ヲ來スノ惧アルト他方ニ於テ果シテ其子ノ爲メニ幸福ナルヤ否ヤ不明ナルカ故ニ必スシモ正當無缺ノモノニ非サルナリ其他今日ニ於テ尙ホ絕對の出生地主義ヲ探レルモノハ南亞米利加ノ諸國アルノミ他ハ悉ク折衷主義ヲ探レリ

以上ノ諸主義中何レノ主義ヲ可トスヘキヤ予ハ血統主義ヲ最モ可ナルモノナリト信ス然レトモ何レノ主義ヲ採ルモ絕對のナル能ハス所謂折衷主義ナルモノヲ採ルモ其根本トスル主義ハ血統主義ニ依ル

キカ將タ出生地主義ニ依ルヘキカヲ先決セサルヘカラス予ハ此主義ニ於テモ血統主義ヲ以テ根本ノ主義ト爲スコトヲ妥當ト信スルモノナリ

## 第二目 歸化ニ因ル國籍ノ取得

### 第一概説

歸化ノ性質及ヒ其要件ヲ説明スルニ先チ歐米諸國ニ於ケル歸化制度ニ付テ概説セント欲ス  
英國ニ於テハ歸化ヲ分テ二ト爲ス一ハ「デニゼーション」(Denization)ニシテ二ハ「ナチュラリゼーション」(Naturalization)ナリ然レトモ前者ハ唯國籍ヲ英國ニ置クノミニシテ純粹ノ英國人ノ如ク待遇セラルモノニ非ス後者ハ純然タル歸化ニシテ歸化前五年以上引續キ同國ニ居住スルカ又ハ五年以上外國ニ於テ英國ノ公務ヲ執リタル者ハ願書ヲ内務大臣ニ呈出スヘク其許可アリタルキハ英國國家ニ忠誠ヲ盡スノ宣誓ヲ爲シ其宣誓ノ完了ニ依リテ歸化ノ效力ヲ生スルモノトセリ又同國殖民地ノ人民ト爲リタル者ハ同時ニ英本國ノ國籍ヲ取得スト雖モ其本國ニ於ケル法律上ノ待遇ハ本國人ト同一ナルコト能ハス

佛蘭西ニ於テハ千八百十四年以前ニハ大歸化、小歸化ノ區別ヲ爲シ其要件及ヒ效力ニ差等ヲ立テタリシカ那破翁三世ハ之ヲ廢止シ現行法ハ歸化前三年間引續キ佛國ニ住所ヲ有スルカ又ハ住所ヲ有セサルモ十年間引續キ同國ニ居所ヲ有スルコトヲ要件トシ佛國ニ對シテ商工業上ノ功勞アル者ニ對シテハ此期間ヲ一年ニ短縮スルコトヲ得ト爲ス又歸化ノ願書ハ之ヲ司法大臣ニ對シテ爲スヘキモノトセリ獨逸ニ於テハ歸化ノ要件トシテ(イ)從來所屬本國ノ法律ニ從ヒテ處分能力ヲ有スルコト(但此能力ヲ

缺クモ後見人又ハ保佐人ノ同意ヲ得レハ可ナリ)(ロ)從來惡シキ風評ナカリシコト即チ之ニ關スル證明書ヲ呈出セサルヘカラス(ハ)歸化後獨逸國ニ住所ヲ有スルコト(ニ)歸化後獨立シテ生活シ得ルノ證明ヲ爲シ得ルコトノ四條件ヲ具備スルコトヲ要ス而シテ同國法律ハ其國籍ト外國ノ國籍トノ併有ヲ認

メ及ヒ獨逸人カ外國ニ歸化スルモ其國籍ヲ喪失スルモノニ非ストシテ國籍ノ積極的衝突ヲ看過セリ「オーストロ、ハンガリー」國ハ後ニ説明スヘキカ如ク所謂政合國(Red union)ニ屬シ外部ニ對スル關係ニ於テハ一國家ノ如シト雖モ國內法ハ二國各別ニシテ境地利人ハ匈牙利人ヲ以テ外國人ト爲スカ故ニ此種ノ國家ニ歸化セントセハ其何レカ一方ノ國籍ヲ定メテ之ヲ取得セサルヘカラス

瑞西ニ於テハ千八百七十六年ニ於テ歸化法ノ改正ヲ爲シ(イ)一定ノ期間同國ニ居所(住所)ヲ有スルヲ要セス(ハ)有スルコトヲ要シ(ロ)從前所屬ノ國家ニ對シテ危害ヲ加ヘサリシコトヲ要スルモノトセリ後ノ要件ヲ定メタルハ之ニ依リテ虛無黨、社會黨ノ如キ者ノ害毒ヲ防カンカ爲メナリ而シテ歸化法ノ大綱ハ瑞西中央政府之ヲ定メ各州ハ之ニ依據シテ詳細ナル規定ヲ設クルコトヲ得ルモノニシテ或州ニ歸化ヲ許サレタル者ハ同時ニ瑞西人ト爲ルモノナリトス

白耳義ニ於テハ佛蘭西ノ舊制ノ如ク歸化ヲ分テ大歸化小歸化ノ二ト爲シ前者タルニハ多クノ要件ヲ充

タスコトヲ要シ後者タルニハ同國ニ特別ノ功勞アルコトヲ必要トセリ

北米合衆國ニ於テハ人種ニ依リテ歸化ニ關スル規定ヲ異ニス即チ黒色人種ニハ其歸化ニ付テ大ナル制限ヲ加ヘ蒙古人種ハ歸化ヲ許サス日本人ニ付テハ議論一定セスシテ或ハ之ヲ蒙古人種ナリト云ヒテ拒否スル州アリ或ハ然ラスシテ其歸化ヲ許スモノアリ要ハ我國ノ世界ニ於ケル勢力ノ消長ニ準シテ論決ヲ左右スルノ狀態ナリ而シテ白哲人種ノ歸化ニ付テハ(イ)五年間同國ニ住所ヲ有スルコトヲ要ス但例



外アリ茲ニ説明ス(ロ)品行方正ナルコト (good moral character) ノ證明ヲ爲シ且(ハ)宣誓ヲ爲ササルヘカラス而シテ歸化ヲ許サルコトキハ其國人ト同一ノ權利ヲ享有スヘシト雖モ七年ノ期間經過後ニ非サレハ下院議員タルコトヲ得ス九年後ニ非サレハ上院議員タルコトヲ得ス又大統領、副大統領ニハ畢生間任セラルルコトヲ得サルモノトセリ

露國ハ千八百六十四年ニ於テ歸化法ヲ制定セリ同法ニ依レハ外國人カ露國ニ歸化スルニハ五年間繼續シテ同國ニ住所ヲ有シ且生計ヲ營ムノ力アルコトヲ證明シテ內務大臣ニ申請セサルヘカラス但同國ニ大ナル功勞アル者ハ此條件ヲ輕減スルコトヲ得ヘシ其他同法ハ外國人ニシテ露國ニ於テ出生シタル者及ヒ外國ニ於テ生ルルモ露國ノ教育場ニ於テ教育セラレタル者ハ成年後許可ヲ得テ露國人ト爲ルコトヲ得ヘタ又同國ノ官吏ト爲リタル外國人又ハ露國ノ婦女ニシテ外國人ニ結婚シタル後其夫ヲ喪ヒ又ハ離婚シタル者ハ歸化ノ條件ヲ輕減スルコトヲ得ルモノニシテ總テノ場合ニ於テ歸化ヲ許サレタル者ハ本來ノ露國人ト同一ノ待遇ヲ受クルモノトセリ

## 第二 歸化ノ性質

歸化ノ法律上ノ性質ニ付テハ從來二說アリ

第一 契約說 此說ニ依レハ歸化トハ甲國ト乙國人トノ間ニ於テ該乙國人カ甲國ノ國籍ヲ獲得スルコトヲ目的トスル契約ナリト謂フ予ハ國家ト箇人トノ契約ヲ認ム故ニ又一國ト外國人トノ間ニ於テ契約ヲ締結シ得ヘキモノナルコトヲ認スト雖モ併シナカラ國籍ノ獲得ヲ目的トスル契約ハ之ヲ認ムルコト能ハス何トナレハ國籍ハ其性質トシテ或人カ一ノ國家ニ絕對的ニ服從スル關係ナルヲ以テ契約說ニ依ルトキハ國家ト人民トノ服從關係ハ契約ニ依リテ定メラルルコトヲ爲リ夫ノ「ルーン」一

派ノ國民契約說ニ歸著スルニ至レハナリ尙ホ此說ニ依ルトキハ契約ハ何時成立スルヤニ付キ種種ノ疑問ヲ生ス

第二 國家片意行爲說 此說ニ曰ク歸化トハ外國人ニ自國國籍ヲ付與スル所ノ主權的認定行爲ナリト是レ佛ノ「ワイス」等ノ主張スル所ナリ又或學者ハ歸化トハ私人ノ請求ニ應ジテ自國ノ國籍ヲ付與スル國家ノ主權的行爲ナリト言ヘリ此說ニ依レハ國家カ先ツ歸化ノ條件ヲ定メ其條件ヲ充タシタル外國人カ變化セントスルノ意思表示ヲ爲ストキハ國家ノ片意ニ因リテ之ヲ自國人トスルノ行爲ナリトスルモノニシテ全然外國人ノ意思如何ヲ問ハサルニ非ス

歸化ノ性質ニ付テハ上述セル如ク學說一致セスト雖モ予ハ「ワイス」ノ說ヲ以テ最モ正當ナリト信ス白耳義ノ如キハ歸化ヲ希フ者ハ其意思ヲ表示シ一定ノ條件ヲ充タシ國家ノ許可アリタル後再ヒ其箇人ニ於テ歸化スルコトノ意思ヲ表示スヘキモノトス故ニ此主義ニ從フトキハ國家ノ申込ニ對シテ箇人ノ承諾アリ茲ニ契約成立シテ歸化ヲ完成スルカ如ク隨テ契約說其當ヲ得タルモノナルカ如シト雖モ契約說ハ前示ノ如ク法理上誤謬ノ見解タルノミナラス實際上ニ於テモ互ニ其意思ヲ表示シテ究極スル所ナキニ至ルヘシ

## 第三 歸化ノ要件

歸化ノ要件ハ次ノ數者ナリ

第一 歸化ノ意思アルコト 前述セシカ如ク歸化ハ國家カ外國人ニ國籍ヲ與フル主權的認定ノ行爲ナリト雖モ歸化セントスル者ノ意思ヲ條件トシ其意思アル者ニ對シテ片面的ニ歸化ヲ認許スルモノナリ故ニ歸化ノ第一要件トシテ意思ノ存在ヲ舉グルハ當然ノコトニシテ詳說スルノ必要ナカルヘシ然

レトモ古代ニ於テハ簡人ノ意思如何ヲ問ハスシテ歸化セシメタル實例アリ例ヘハ墨西哥ノ古法ニ於テハ同國內ニ在ル外國人カ同國政府ニ向テ外國人タルノ登記ヲ爲ササル者ハ「メキシコ」ノ國籍ヲ取得セシムト定メタルカ如キ是ナリ我舊民法草案第一四條ニ於テモ歸國ノ意ナクシテ帝國ニ其家ヲ定メタル外國人ハ十年ノ後日本人ト爲ルトノ規定アリタリ其他瑞典、那威ノ現行法ニ於テモ歸國ノ意思ナクシテ二年以上同國ニ住所ヲ有スル外國人ハ之ヲ其國人ト爲ストシテ「抹」ノ國法及ヒ白耳義民法草案亦然リ其他古代ニ於テハ人口ノ増殖ヲ圖ルノ目的ヲ以テ一定ノ時間内内國ニ住所又ハ居所ヲ有シタル者ヲ當然自國人ナリトスル制度ヲ設ケタル國アリタリ然レトモ近世各國ノ法律ニ依レハ斯ノ如キ主義ヲ採用スルモノ殆ト之ナキカ如シ蓋シ現今ニ於テハ人口ノ増殖ヲ圖ルノ必要ナク却テ何レノ國家ニ於テモ其増加ノ多大ナルニ困ムノ狀態ナルノミナラス本人ノ意思ヲ顧ミテ強テ之ヲ歸化セシメントスルカ如キハ不條理ノ甚シキモノタルコトヲ認メタルニ因ル加之一方ニ於テ嚴格ナル歸化ヲ特定シツク他方ニ於テ無條件ニテ歸化ノ意思ナキ者ヲ自國人ト爲スハ甚シキ矛盾ニ陷ルモノト謂ハサルヘカラス故ニ今日ニ在リテハ歸化スルノ意思アルコトヲ以テ其第一條件ト爲スニ至レリ

第二 能力ヲ存スルコト 法律上意思アル者ノ行爲ハ悉ク有效ナルニ非ス私法ノ範圍内ニ於テモ未成年者ノ行爲ハ縱令意思健全ニシテ思慮周到ナリトモ未成年タルノ一事ヲ以テ其行爲ヲ取消スコトヲ得ルナリ國際法上歸化ニ付テモ亦然リ意思ノ存在以外ニ於テ能力アルコトヲ其要件トス而シテ其能力ノ有無ハ何レノ國法ニ依リテ決スヘキヤニ付キ次ノ三主義アルヲ見ル其他能力ニ關スル規定ヲ全ク缺クモノモアリ

一 歸化セントスル國ノ法律ニ依リ能力ヲ定ムヘシトノ主義

二 歸化セントスル者ノ本國法ニ依リ能力ヲ定ムヘシトノ主義

三 雙方ノ國法ニ依リ能力ヲ有セサルヘカラストノ主義

今之ヲ各國ノ法律ニ對照スレハ左ノ如シ

一 能力ニ關スル規定ヲ全然缺如スルモノ例ヘハ英露ノ如シ

二 第一主義ヲ採レルモノ例ヘハ和蘭、白耳義、北米合衆國ノ如シ

三 第二主義ヲ採レルモノ例ヘハ獨逸、佛、普ルガリヤノ如シ

獨逸ニ於テハ外國人ニ歸化證書ヲ付與スルコトヲ得ルニハ其外國人カ本國法ニ依リ處分能力ヲ有スルトキニ限ルトシ若シ法律ニ定ナキトキハ父、後見人又ハ保佐人ノ同意アルコトヲ要ストセリ又佛蘭西ノ法律ニ依レハ歸化セントスル者ハ其本國法ニ依リ身分變更ノ能力ヲ存スルコトヲ要スト爲シ「普ルガリヤ」ノ法律ニ依レハ歸化セントスル者ハ其本國法ニ從ヒ二十一歳以上ナルコトヲ要シ且夫婦ニ非サルコトヲ要ス但夫ト共ニ歸化スル者ハ此限ニ在ラストノ規定アリ

四 第三主義ヲ採レルモノハ我國及ヒ葡萄牙ナリ葡萄牙ノ法律ニ依レハ歸化セントスル者ハ其本國法ニ於テ二十年以上ニシテ本國法ニ依リ能力ヲ有スルコトヲ要スル旨ヲ規定セリ故ニ我國籍法ニ依ルトキハ無能力者ハ其法定代理人又ハ保佐人ノ同意ヲ得ルモ我國ニ歸化スルコトヲ得ス但此原則ニ對スル例外トシテ外國人ノ父又ハ母カ日本人ナルトキハ右ノ能力ニ關スル要件ヲ必要トセサルナリ

第二要件タル能力ハ理論上成年者タルノミヲ以テ足ルモノニ非ス禁治產者又ハ准禁治產者ニ非サル

コトヲモ必要トスルナリ然レトモ妻ニ付テハ疑問アリ抑妻ハ何レノ國法ニ於テモ概ネ之ヲ無能力者トシ其行爲ニハ夫ノ許可ヲ要ストセリ我國籍法モ亦後ニ說明スルカ如ク其第八條ニ於テ「外國人ノ妻ハ其夫ト共ニスルニ非サレハ歸化ヲ爲スコトヲ得」ト規定シ其獨立歸化ヲ認メサルナリ然ルニ獨逸法ニ於テハ前ニ說過セシ如ク無能力者ノ歸化ニ付キ父、後見人又ハ保佐人ノ同意ナル規定アリテ夫ヲ加ヘサルカ故ニ夫ノ許可ナクシテ外國人タル妻カ獨逸ニ歸化スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ生シ又實例トシテ所謂「ボーフルモン」事件ヲ生シタリ今左ニ此事件ノ大要ヲ敘述シ其法律上ノ性質ヲ講説セン

白耳義ノ「カラヤンシメー」(Caranah Chinay)ナル女佛蘭西ノ士官「ボーフルモン」(Bauffremont)伯爵ト婚姻シ後同國「セース」裁判所ニ於テ別居ノ裁判ヲ受ケタリ是レ同國ハ千八百十六年ノ法律ニ依リテ離婚ヲ禁シ唯別居ノミヲ許スコトトセルニ因ル(尤モ此法律ハ千八百八十六年ニ至リ廢止セラレタリ)而シテ此女ハ其後住所ヲ獨逸國ノ「サクセン」アルテンベルヒニ移シ又伯林ニモ轉シテ遂ニ獨逸ニ歸化シ既ニ夫ト國籍ヲ異ニスルノ故ヲ以テ獨逸ノ國法上夫婦ノ關係ナキモノトシ「ルーマニヤ」ノ侯爵「ビベスコ」(Bibesco)ト結婚シタリ而シテ佛蘭西法ニ於テハ別居中ノ妻カ單獨ニ外國ニ歸化スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付キテ法律ノ規定ナク從テ兩國間ニ於テ前夫婦ノ間ニテ妻カ夫ノ許可ヲ得スシテ外國ニ歸化シタルハ有效ナリヤ否ヤ及ヒ第二ノ婚姻ハ有效ニ成立スルヤ否ヤニ付キ爭議ヲ惹起シ大ニ兩國學者ノ頭腦ヲ苦マシメタリ

之ニ關シテ佛蘭西ニテハ妻ハ夫ノ許可ナクンハ他國ニ歸化スルコトヲ得スト規定スト雖モ前述シタルカ如ク別居中ノ妻ニ付テハ明文ヲ缺キ妻ハ尙ホ夫ノ許可ナクンハ歸化スルコトヲ得サルモノナリ

茲ニ教育トハ學校ニ於ケル教育ハ勿論各種ノ職業ヲ習得セシムルモノヲ含ムモノトス又女子ノ勞働能力ハ一般ニ男子ニ比シテ劣ルノミナラス家事ノ整理兒女ノ養育等ノ爲メニ男子ニ比シ生産的勞働ニ従事スル者尠キナリ又老者、幼者カ壯年者ニ比シ勞働能力ノ小ナルハ言フヲ俟タズ壯年者ノ數ノ人口總數ニ對スル比例ハ一國民ノ勞働能力ヲ測ルノ標準ナリトス

#### 第四節 勞働ノ分配及ヒ協同

終ニ勞働ノ效驗ニ影響ヲ及ホスモノハ勞働ノ組織是ナリ即チ單獨ニ勞働スル者ト勞働ヲ分配シ若クハ勞働ヲ協同スル者トヲ比較セハ後者ニ於ケル勞働ハ前者ニ於ケル勞働ヨリモ其效驗ノ大ナルヲ認ムルナリ先ツ勞働ノ分配ニ就テ之ヲ觀ルニ三種アリ第一、社會的勞働分配第二、技術的勞働分配第三、地方的勞働分配即チ是ナリ

第一 社會的勞働分配 社會的勞働分配トハ社會ニ於ケル職業ノ分派是ナリ例ヘハ官吏、軍人、教師、醫師等ヨリシテ農工商等生産事業ニ屬スル職業ノ千差萬別ニシテ各、其擔當スル所ヲ異ニスルハ即チ勞働分配ナリ

第二 技術的勞働分配 技術的勞働分配トハ既ニ分派セル各職業内ニ於テ連續セル仕事ヲ諸人ノ間ニ分配スルコト是ナリ例ヘハ工場ニ於テ一種ノ物品ノ製造ヲ數多ノ部分ニ分チ數多ノ職工ヲシテ各、其一部分ヲ擔當セシムルカ如シ

此二種ノ勞働分配ハ主トシテ各個人カ有スル能力ノ差異ニ基因スルモノトス一家族内ニ於テ老若、男女ニ依リ其勞働ヲ分配スルハ未開ノ時代ニ於テモ行ハル所ニシテ例ヘハ男子ハ戰闘、佃獵、牧畜等ニ

從事シ女子ハ食物ノ調理、衣服ノ調製等ヲ爲シ又耕耘ヲ行ヒタル實例稀ナリトセサルナリ然レトモ職業ノ分派ハ開化ノ程度少シク高キニ至リテ始メテ行ハルモノニシテ歐洲ニ於テ獨立自由ノ手工職工成立セルハ中古時代ニ在リトス而シテ交通益、頻繁ト爲リ學術、技藝ノ進歩スルニ隨ヒ勞働分配ハ益、行ハルモノニシテ今日都府田舎ト比スルニ社會的勞働即チ職業ノ分派ハ其間ニ大差アルモノニシテ例ヘハ村落ノ商店ハ數十百種ノ貨物ヲ陳列スルニ反シ都會ノ店舗ニハ一二種ノ物品ノミヲ販賣スルモノ少カラサルナリ古今ヲ較フルモ亦同一ノ現象ヲ見ルモノニシテ例ヘハ第十五世紀末ニ當リ獨逸ノ「フランクフルト」市ニ於ケル工業的職業ノ種類ハ大約三百ニ過キサリシカ八百八十二年獨逸ニ於テ職業統計ヲ調製セシ時ニハ工業的職業ノ名稱四千七百餘ナリシト云フ技術的勞働分配モ亦社會ノ進歩ト學術ノ發達トニ隨ヒ益、細密ニ渉ルモノニシテ例ヘハ「アダム、スミス」カ勞働分配ノ利益ヲ説クニ當リ例證トシテ引用セル留針ノ製造ハ僅ニ十八段ノ分配ヲ行ヒシニ過キスト雖モ近時縫針ヲ製造スルニハ勞働分配ヲ行フコト七十二段乃至九十二段ノ多キニ達スト云フ現今勞働分配ノ特ニ盛ニ行ハルハ英米二國ニシテ裁縫器、時計等ノ一部ノミヲ製造スル工場少カラズ「ランカシャー」ノ紡績工場カ始終同一若クハ二三種ノ番手ノ綿糸ノミヲ生産スルカ如キ亦其一例ナリトス

第一 當事者ヲシテ常ニ同一ノ業務ニ從事セシムルカ故ニ大ニ其熟練、智識、經驗ヲ増スノ效アリ蓋シ專ラ手腕ヲ用フル業務ヨリ主トシテ頭腦ヲ勞スル業務ニ至ルマテ日間斷ナク之ニ從事スル者ト然ラサル者トヲ比較セハ其業務ニ關スル能力ト成績トニ非常ノ懸隔アルハ吾人ノ常ニ目撃スル事實ナリトス

第二 業務ヲ分割シ其一部分ノ仕事ハ益、簡單ニ趨クカ故ニ改良ヲ施シ易ク又器械ノ應用ヲ容易ナラシメ隨テ種種ノ發明、發見ヲ誘起スルコトアルナリ佛國ノ經濟學者「ジード」曰ク初ニハ極メテ複雜

ナルカ如ク見エタル仕事ノ後ニ器械ヲ以テ行フニ至ルハ常ニ分解ノ方法ニ依ルモノトス

第三 業務簡單ニ趨クカ故ニ練習ノ時間ト費用トヲ省クコト大ナリ隨テ貧窮ナル者ヲシテ早ク糊口ノ途ヲ得セシムルナリ

第四 勞働分配ノ益、擴張スルニ隨ヒ人人其嗜好、能力ニ適應スル業務ニ從事スルコトヲ得例ヘハ婦女、幼者ノ如キモ能力相當ノ仕事ヲ爲スコトヲ得ルナリ若シ夫レ一ノ業務ニシテ輕重、難易相交ハルトキハ重要若クハ困難ナル部分ヲ擔當シ得ル者ニシテ始メテ其業務ニ從事スルコトヲ得ヘク且重要若クハ困難ナル部分ヲ擔當シ得ル者カ輕易ノ部分ヲ行フハ其能力ヲ徒費スル所以ナリトス英國ノ縫針製造場ニ於テハ職工一日ノ賃銀六片乃至二十志ナリト云フ以テ職工ノ伎倆ニ非常ナル差異アルヲ知ルヘキナリ然ルニ最優等ノ職工ヲシテ縫針ノ全部ヲ製造セシメンカ即チ一日六片ノ職工ノ爲スヘキ仕事ヲモ爲ス能ハス以テ其製造高ヲ減スルヤ必セリ

第五 一ノ場所ヨリ他ノ場所ニ轉シ一ノ器械ヲ輪テテ他ノ器具ヲ取ル等ノ必要減スルカ故ニ時間ノ浪費ヲ節スルコト尠シト爲サス

以上掲ケタルハ勞働分配ヨリ生スル利益ノ重ナルモノニシテ其結果タル勞働ノ效驗ヲ増加シ以テ生産上ニ及ボス影響ハ決シテ尠ナラス殊ニ財貨ノ種類ト數量トヲ増加シ其品質ヲ善良ナラシメ其代價ヲ低廉ナラシムルカ如キハ勞働分配ヨリ生スル顯著ナル事實ナリトス然レトモ勞働分配モ亦之ニ伴フ弊害ナキヲ得ス今其重ナルモノヲ舉クレハ左ノ如シ



第一 勞働分配ハ心意並ニ身體上ノ動作ヲシテ一方ニ偏セシムルカ故ニ當事者ヲシテ健康ヲ害シ甚キニ至リテハ畸形タラシムルコトアルナリ彼ノ職業病ト稱シ諸種ノ職業ニ特殊ノ疾病ノ伴フカ如キハ即チ其一例ナリトス

第二 其業務トスル所一種ニ偏シ甚シキニ至リテハ一種ノ仕事ノ一部ニ過キサルカ故ニ他ノ職業ニ轉スルコト困難ト爲リ爲メニ勞働者ヲシテ益、雇主ニ隸屬セシムルニ至ル又一朝機械ノ發明又ハ經濟上ノ恐慌ニ遭遇シ其常職ヲ失フニ當リテハ勞働者ハ益、困難ニ陷ルナリ

第三 勞働分配ハ小弱ナル勞働ト雖モ之ヲ用フルヲ得ルカ故ニ幼者、婦女ノ使役行ハレ以テ其衛生、德義ヲ害スルノ虞アリトス

之ヲ要スルニ右ニ掲ケタル弊害ハ之ヲ其利益ニ比スルトキハ輕重固ヨリ比較スルニ足ラス且右等ノ弊害ニ就テハ豫防ノ方策ナキニ非ス例ヘハ勞働時間ヲ短縮スルコト、工場衛生ニ注意スルコト、婦女、幼者ノ勞働ニ制限ヲ設クルコト、勞働者組合ヲ設ケテ失業ノ際互ニ救助スルコトノ如キ是ナリ故ニ勞働分配ノ益、行ハルハ決シテ憂フヘキニ非サルナリ

然レトモ勞働分配ハ無制限ニ之ヲ擴張シ得ルモノニ非ス即チ勞働分配ヲ行ハント欲スレハ第一、事業ノ性質カ適當ニ分タルヘキモノナルヲ要ス例ヘハ工業ノ如キハ概シテ勞働分配ヲ行フニ適スルモ農業ノ如キハ其仕事ノ種類、季節、天候等ニ依リテ定マルカ故ニ勞働分配ノ行ハルコト少シ即チ農業ニ於テハ種ヲ播キ草ヲ耘リ又之ノ果實ヲ收穫スルハ同時ニ之ヲ爲ス能ハサルカ故ニ勞働分配ヲ以テ一日ニ之ヲ併セ行フヲ得サルナリ之ニ反シテ例ヘハ製紙工業ニ於テ繼續ノ化シテ白紙ト爲ル數時間ヲ出テス且毎日之ヲ行フヲ得ルカ故ニ勞働分配ヲ應用スルコト容易ナリトス第二、十分ナル資本

十分ナル需要トヲ要ス即チ勞働分配ノ行ハルニ隨ヒテ生産額増加スルカ故ニ之ニ應スルノ資本ヲ準備セサルヘカラス例ヘハ十人ノ職工箇別別ニ勞働スルトキハ一日合シテ十足ノ靴ヲ製造スルモ適當ナル勞働分配ヲ行フトキハ二十足若クハ三十足ノ靴ヲ製造シ得ヘシ然ラハ之カ原料タル革皮ヲ要スルコト亦二倍若クハ三倍ニ増加スルカ故ニ十分ナル原料ナクハ勞働分配ヲ行フヲ得サルナリ又其生産物ニ對スル需要増加スルニ非サレハ勞働分配ヲ擴張スルヲ得ス曩ニ引例セルカ如ク英國ノ紡績工場ニ於テハ一年ヲ通シテ同一番手ノ綿糸ニミテ製造スルモノ少カラスト云フ是レ蓋シ英國ノ商工業カ世界ノ諸國ヲ對手トシ綿糸ニ對スル需要甚大ナルヲ以テナリ之ニ反シテ巴里ノ如キ大都ニ於テモ寶石商ノ如キ分業ノ行ハルコト甚タ少キハ需要ノ區域狹隘ナルカ爲メナリトス

第三 地方ノ勞働分配 地方ノ勞働分配トハ之ヲ大ニシテハ宇内ノ諸國間、之ヲ小ニシテハ一國內ノ各地方間ニ行ハル勞働分配是ナリ此種ノ勞働分配ハ自然ノ狀況ニ基因スルモノ固ヨリ多シ即チ海岸ニ於テハ漁業ヲ營ミ山間ニ於テハ材木、薪炭ノ產出ヲ爲シ農業ハ主トシテ平地ニ行ハルカ如ク又一ノ地方ハ盛ニ養蠶ヲ爲シ他ノ地方ハ專ラ製茶ニ從事スルカ如シ諸國間ニ於テモ石炭、鐵礦ニ富ムモノハ工業ヲ主トシ領域廣大ニシテ地味肥沃ナルモノハ頻ニ農業ヲ行フカ如キ亦一例トモノ謂フヘキ他邦ニ石油ヲ供給シ熱帶地方香料、咖啡ヲ產出スルカ如キハ全く自然ノ狀況ニ基クモノト謂フヘキナリ然レトモ地方ノ勞働分配ニシテ人爲的ノ原因ヨリ來ルモノ亦少シトセス例ヘハ英國ノ羅紗工業「ウイリヤム」セ、コンケロール「カ荷爾人」ヲ招致セルニ胚胎シ木綿工業モ亦「アントワープ」人ノ逃レ來リテ之ヲ創メタルニ濫觴スルナリ又我國ニ於テモ諸地方ノ名産ナルモノハ往時諸侯ノ保護獎勵ニ依リテ興リタルモノ稀ナラス而シテ同種ノ生産事業一處ニ集中スルトキハ同業者間ノ競爭ヲ旺ナラシメ隨テ

進歩、改良ヲ促シ又同業者ノ組合等ヲ生シテ生産ニ秩序ヲ生スル等ノ利益渺カラス殊ニ工業ノ如キハ原料ノ買入、製造品ノ販賣、建築、修繕ノ經費等ニ關シ種種ノ利益便宜ヲ生シ熟練ナル勞働者モ亦工業集中ノ地ニ於テ始メテ多數ニ之ヲ養成スルコトヲ得ルナリ然レトモ恐慌等ノ原因ヨリシテ其特種ノ生産事業衰退スルニ於テハ其地方ノ住民ヲシテ同時ニ困難ニ陥ラシムルモノトス例ハ絹織物ノ需要頓ニ減退スルニ當リテハ絹織物ノ生産地ハ他地方ニ比シテ殊ニ其影響ヲ蒙ルコト大ナルヲ見ルナリ又彼ノ南北戰爭破裂シテ棉花ノ供給杜絶シタル爲メニ英國「ランカシャー」地方ニ於テハ工場ノ休業、職工ノ解雇頻ニ行ハレ企業者、勞働者其ニ非常ナル難境ニ陥リ一時慘狀ヲ極メタリト云フ

之ヲ要スルニ地方の勞働分配ハ其一國內ニ於ケルト世界ノ諸國間ニ於ケルト間ハス最少ノ生産費ヲ以テ財貨ヲ生産スル所以ナルカ故ニ社會ニ利益ヲ與フルヤ大ナリ然レトモ國際的勞働分配ハ之ヲ極端ニ行フトキハ政治上、經濟上ノ弊害ナキニ非ス殊ニ國民食用品ノ大部分ヲ外國ニ仰クカ如キハ危險ノ大ナルモノニシテ英國ノ如ク廣大ナル殖民地ト有力ナル海軍トヲ有スル國ニ於テモ仍ホ之ヲ危ムモノナキニ非サルナリ兵器、軍艦ノ製造ヲ外國ニ依頼スルカ如キ亦決シテ策ノ得タルモノニ非ス其他諸種ノ工業ノ如キ航海業ノ如キ全然國際的勞働分配ニ一任シテ顧ミサルトキハ自國ニ於テ此等ノ事業ノ發達ヲ來スヤ必ス遲延タルヲ免レス或ハ全ク之カ成立ヲ妨害スルコトナシトセス地方的勞働分配ハ一國ノ内外ニ付テ差別ヲ設クルヲ要スルナリ

次ニ勞働ノ協同トハ數多ノ人其勞働ヲ協セテ同時ニ同一ノ仕事ヲ爲スコト是ナリ例ハ數人其力ヲ協セテ重量ノ大ナル物體ヲ動かスカ如シ此種ノ勞働ノ協同ハ農業等ニ應用セラルルコト少カラサルナリ而シテ糞ニ述ヘタル勞働分配ハ亦一種ノ勞働ノ協同ニ外ナラス紡績工場ニ於テ棉花ヲ混合スル者、梳

綿ヲ爲ス者、紡紡、間紡、練紡ヲ爲ス者其勞働ヲ分配スト雖モ要スルニ綿糸ノ製造ニ對シテ其勞働ヲ協同スルモノト謂フヘキナリ其他社會的勞働分配及ヒ地方的勞働分配ニ於テハ技術的勞働分配ノ場合ノ如ク直接明白ナラスト雖モ諸種ノ職業又ハ各地方ハ財貨ノ生産ニ對シテ其勞働ヲ協同スルモノトス

## 第四章 資本

### 第一節 資本ノ意義及ヒ種類

資本ノ意義モ亦古來幾多ノ變遷ヲ經過セルモノニシテ今日ト雖モ諸學者ノ意見全ク一致セルニ非ス今最近ノ學說ヲ折衷シテ定義ラ下セハ即チ左ノ如シ

資本トハ生産若クハ營利ノ爲メニ使用シ又ハ保有スル總テノ生産物ヲ謂フ

右ノ定義ニ據クル如ク資本ハ生産物ナルカ故ニ多少人類ノ勞働ヲ加ヘタルモノナラサルヘカラス即チ毫モ人力ヲ加ヘサル土地ノ如キハ資本ト稱スルヲ得サルナリ又資本ハ生産若クハ營利ヲ目的トスルモノナルカ故ニ直接ニ自己ノ欲望ノ満足ニ供スル財貨ハ之ヲ資本ト稱スルコトヲ得サルナリ何トナレハ直接ニ自己ノ欲望ヲ満足セシムルトキハ是レ即チ財貨ノ生産ヲ助クルニ非ス又之ニ依リテ他人ヨリ利益ヲ取得スルコトヲ得サレハナリ

又右ノ定義ニ據クルカ如ク資本ハ生産若クハ營利ノ手段ト爲ルモノニシテ前者ヲ生産資本ト稱シ後者ヲ營利資本ト名ク生産資本ハ或ハ之ヲ社會的資本ト謂ヒ營利資本ハ或ハ之ヲ私人的資本ト謂フ何トナレハ社會全般ヨリ之ヲ觀ルトキハ資本ハ生産的ニ使用セラルルモノニシテ始メテ社會ニ利益ヲ與ヘ之ニ反シテ一私人ハ其有スル資本ヲ生産的ニ使用セラルルモ他人ニ賣渡シ貨與スル等ノ方法ヲ以テ利益ヲ

收得スルコトヲ得レハナリ

然レトモ右ニ述ヘタル區別ニ依リ資本タル財貨ヲ全然二部ニ分チタルニ非ス營利資本タル財貨ハ必スシモ生産資本ニ非スト雖モ生産資本タル財貨ハ同時ニ營利資本タルコトヲ得ルモノトス又資本ハ其生産資本タルト營利資本タルトヲ問ハス社會ニ存在スル財貨ノ全部ヲ包含スルモノニ非サルナリ先ツ生産資本タルモノヲ舉クレハ左ノ如シ

第一 諸種ノ原料 原料ニ主原料ト助原料トアリ羅紗ヲ織ルニ必要ナル羊毛、家屋ノ建築ニ用フル材木ノ如ク生産物ノ本體ヲ形成スルモノハ主原料ニシテ工場ニ於ケル蒸氣機關運轉ノ爲メニ燃燒スル石炭ノ如ク生産セラレタル財貨ニ遺跡ヲ留メサルモノハ助原料ナリトス

第二 器具、機械ノ類 器具トハ構造簡單人力ヲ以テ之ヲ動カスモノヲ謂ヒ、機械トハ構造複雑巧妙ニシテ之ヲ運轉ニハ水力、蒸氣力、電氣力等ヲ用フルモノヲ稱スルナリ度量衡器ハ此種ノ資本ニ屬スヘキモノトス

第三 家畜ノ類 家畜ハ野生ノ動物ト異ナリ人ノ養育スル所ニシテ牛馬ノ耕作ニ用ヒラレ羊ノ毛ヲ生スルカ如キ皆生産ヲ助タルモノナルカ故ニ一種ノ生産資本タルヤ明カナリ

第四 生産事業ニ用フル建築物ノ類 例ヘハ製造場、倉庫、店舗、道路、鐵道ノ如キ即チ是ナリ而シテ普通ノ住宅其他寺院、學校、裁判所、劇場ノ如キ建築物ハ之ヲ生産資本ニ加フルコトヲ得サルナリ

第五 土地ニ施シタル改良 土地自身ハ自然物ニシテ生産物ニ非サルカ故ニ之ヲ資本ト稱スルコトヲ得レトモ土地ニ施シタル改良例ヘハ排水灌漑ノ設備ノ如キハ即チ一種ノ生産資本タリ

第六 製造家カ尙ホ倉庫ニ貯藏スル製造品及ヒ商人カ其店舗ニ保有スル商品 此等モ亦生産資本ニ加

ヘサルヘカラス何トナレハ此等ノ財貨ハ其形體ニ於テハ既ニ完全セルモ未タ其生産ヲ完了シタルモノニ非サレハナリ

第七 舟車ノ類 運送業ノ生産のナルハ曩ニ述ヘタル如シ然ラハ即チ其使用スル舟車ハ其大小、精粗ヲ問ハス皆生産資本ト謂フヘキナリ

第八 貨幣 貨幣ハ商業其他百般ノ取引ニ用ヒラルルモノニシテ其與フル便益ハ猶ホ道路、車馬ノ運搬ニ於ケルカ如シ

數多ノ經濟學者ハ生産の勞働者ニ給スル食物、衣服等ヲ生産資本即チ社會の資本ニ加フルト雖モ是レ生産ト消費トヲ混同スルモノト謂フヘキナリ抑、財貨最終ノ目的ハ人類ノ欲望ヲ満足スルニ在リ即チ人類ノ爲メニ消費セララルルニ在リトス而シテ勞働者ハ縱令生産の事業ニ從事スト雖モ其食物ヲ食シ衣服ヲ著スルハ人トシテ又社會ノ一員トシテ欲望ヲ満足スルモノニシテ牛馬ニ糶糧ヲ與ヘ蒸氣機關ニ石炭ヲ給スルト同一視スヘカサルナリ即チ勞働者カ食物ヲ食シ衣服ヲ著スルハ消費ニシテ生産ニ非ス隨テ其食物、衣服等ヲ以テ生産資本ト謂フヲ得サルナリ然レトモ私人の資本トシテ之ヲ觀ルトキハ雇主カ勞働者ニ給スル衣食ノ如キモ亦其一種タリ何トナレハ雇主ハ之ニ依リ勞働者ノ勞働ヲ使用シテ利益ヲ收得スレハナリ故ニ私人の資本即チ營利資本ハ生産資本ヨリモ其範圍廣ク即チ其包括スル所左ノ如シ

### 第一 社會の資本タル總テノ財貨

第二 直接ニ消費ニ供シ得ヘキ財貨ナルモ所有者カ賣渡シ貸與スル等ノ方法ヲ以テ之ニ依リ利益ヲ收得シ得ヘキモノ例ヘハ貸家、貸本又ハ勞働者ニ供スル食物等ノ如シ

前述生産資本トシテ列舉セル財貨ハ如何ナル場合ニ於テモ必ス生産資本タルニ非ス例ヘハ農業ニ使用  
スル馬ハ生産資本ナレトモ遊樂ニ供スル馬ハ之ヲ生産資本ト稱スルヲ得サルナリ又右ニ述ヘタルカ如  
ク生産資本ハ所有者自ラ生産的ニ使用セサルモ貸與等ノ方法ニ依リ營利資本ト爲スコトヲ得ルニ反シ  
營利資本ハ必スシモ生産資本タラサルナリ例ヘハ前記ノ乘馬ノ如キハ生産資本ニ非スト雖モ之ヲ他人  
ニ貸與シテ報酬ヲ得ルニ於テハ營利資本タルコト疑ナシ又劇場ノ如キ生産資本ニ非サルコト言フヲ俟  
タスト雖モ其所有者ノ爲メニ營利資本タルヤ明カナリ

生産資本ハ又固定、流動ノ二種ニ區別スルコトヲ得流動資本トハ生産上僅ニ一回其效用ヲ顯ハスノミ  
ニシテ直チニ資本タル性質ヲ失フモノヲ謂ヒ固定資本トハ使用セラルル毎ニ多少其效用ヲ減損スト雖  
モ仍ホ資本タル性質ヲ失ハサルモノヲ謂フ例ヘハ石炭、綿糸ノ如キハ流動資本ニシテ器具、機械ノ如キ  
ハ固定資本ナリトス

營利資本モ亦流動ト固定トニ區別スルコトヲ得ルモノニシテ例ヘハ商店ニ於ケル物品ノ如キハ一回ノ  
取引ニ因リテ直チニ他人ノ所有ニ歸スルモノナルカ故ニ流動資本トス而シテ貸馬又ハ貸本ノ如キハ幾  
回モ營利ノ手段トシテ用ヒラルルカ故ニ固定資本ト稱スヘキナリ又生産資本トシテ之ヲ使用スルトキ  
ハ固定資本ナルモ營利資本トシテ之ヲ用フルトキハ流動資本ト爲ルコトアリ例ヘハ蒸氣機關ノ如キ製  
造者カ自ラ之ヲ用フルトキハ固定資本タリト雖モ販賣スルカ爲メニ製造セル蒸氣機關ハ流動資本ナリ  
トス

固定生産資本ト流動生産資本トハ多クハ相俟テラ其效用ヲ顯ハスモノニシテ例ヘハ蒸氣機關ノ如キ流  
動資本タル石炭ヲ得テ始メテ運轉活動シ紡績機械ハ棉花ト相俟テラ綿糸ヲ作ルヲ得ルナリ故ニ固定資

本ト流動資本トハ相當ノ比例ヲ保ツヲ要スルナリ然レトモ經濟事情ノ發達セル國ト然ラサル國トヲ比  
較スルトキハ前者ハ比較的固定資本ニ富ムモノトス例ヘハ農業、牧畜業ヲ以テ重要ナル産業トスル國  
ニ於テハ原料品即チ流動資本多クシテ固定資本未タ之ニ適應セサルモ商工業隆盛ノ域ニ達セル國ニ於  
テハ製造場、機械、鐵道、倉庫等ノ固定資本充實シテ生産力モ亦大ナルナリ

是ヲ以テ流動資本ノ漸次固定資本ニ變シテ固定資本ノ蓄積増加シ且其普及スルハ一國經濟ノ發達上甚  
タ必要ナルコトニシテ例ヘハ農業ニ於テハ收穫豐饒ナル時ニ當リ其剩餘ヲ土地ノ改良、建物ノ修繕等  
ニ投スルカ如キ是ナリ其他製造所ノ設立、鑛山ノ開掘、交通機關ノ擴張等亦流動資本ヲ變シテ固定資本  
ト爲ス所以ニシテ後來一國ノ生産力ヲ増スヤ明カナリ然レトモ其變移急激ニ失スルトキハ其間ニ調和  
ヲ缺キ却テ障害ヲ及ホスコアルナリ

此ノ如ク固定資本ハ産業ノ發達ヲ促スト同時ニ亦産業發達ノ結果ナルカ故ニ其減退ハ産業衰退ノ兆候  
ナリトス而シテ其減退力戰爭ノ如キ不時ノ事件ノ結果ナルトキモ亦之ヲ回復スルニ數多ノ時日ヲ要ス  
ルモノトス例ヘハ彼ノ三十年戰爭ノ爲メ獨逸ハ戰爭前ノ舊態ニ復スルカ爲メ殆ト二百年ヲ要シ又獨逸  
戰爭ノ後佛國ハ固定資本ノ回復ニ數年ヲ費シテ始メテ戰爭前ニ等シキ經濟上ノ活動ヲ爲スコトヲ得タ  
ルニ反シ獨逸ハ平和回復ト同時ニ諸方面ノ生産ニ著手スルコトヲ得タルハ固定資本毫モ損害ヲ被ムラ  
サリシヲ以テナリト云フ

## 第二節 生産資本ノ必要

生産ハ自然ト勞働トノミヲ以テ之ヲ爲シ得ル場合ナキニ非ス例ヘハ野生ノ果實ヲ集メ海濱ニ魚介ヲ拾



フカ如キ是ナリ然レトモ極メテ簡單ナル生産ト雖モ多クハ資本ノ協力ヲ要スルモノニシテ即チ或種類ノ生産ハ資本ヲ缺クトキハ之ヲ行フコト能ハス或種類ノ生産ハ資本ヲ用フルトキハ其目的ヲ達スルコト易ク又或種類ノ生産ハ資本ノ力ニ依リ生産物ノ數量ヲ大ニシ又ハ品質ヲ善良ニスルモノナリ極メテ簡單ナル生産ニ於テ既ニ然リ進步セル生産ニ於テ資本ノ必要ナルハ言ヲ俟タサルナリ

英國ノ經濟學者「ミル」曰ク「産業ハ資本ニ因リテ制限セラレ」ト之ヲ私人ノ企業ニ徴スルニ資本ハ其企業ノ規模ヲ定ムル一大要件ニシテ例ヘハ製造業ノ如キ原料豊富、機械完備スルニ非サレハ決シテ大規模ノ生産ヲ爲スコト能ハサルナリ一國ニ於テモ亦然リ如何ニ生産ヲ盛ナラシメント欲スト雖モ從來存在スル資本不十分ナルニ於テハ到底其目的ヲ達スルコトヲ得サルナリ「ニコルソン」曰ク「暴政、重税、奢侈其他類似ノ原因ニ由リテ其資本ヲ減シ隨テ其産業ヲ衰退セシメタル舊國アリ又新國ニシテ其保有シ若クハ獲得シ能フ資本ノ制限ヲ超エテ進マンコトヲ努メ却テ其産業ノ發達ヲ害セルモノアリ」ト故ニ一國ノ産業ヲシテ發達セシメント欲セハ資本ノ蓄積之ニ先タサルヘカサルナリ而シテ資本ハ他ノ生産要素ト異ナリ最モ蓄積ニ便ナルヲ見ルナリ即チ土地ノ如キ自然力ノ如キハ人力ニ因リテ之ヲ増減スルコト難ク勞働ハ之ヲ一所ニ合スルコトヲ得サルニ非サレトモ其集中ノ程度ニ制限アリトス然ルニ資本ノ蓄積ハ殆ト無限ニシテ例ヘハ今日歐洲諸國ノ有スル資本ハ非常ノ巨額ニ達シ單ニ自國ニ於テ大ニ生産ヲ助クルノミナラス之ヲ外國ニ放下シテ盛ニ利益ヲ吸收スルヲ見ルナリ又後進國ノ資本不足ナルモノニ於テハ外國ヨリ資本ヲ輸入スルコト必要ニシテ米國ニ於ケル産業ノ發達ノ如キハ外國資本ノ力ニ負フ所ナリトス然レトモ其用途ヲ慎重サレハ豫期ノ結果ヲ生セシテ徒ニ外國ニ對スル負擔ヲ増スノミ

又資本ハ勞働ノ代用ヲ爲シ以テ漸次ニ人類ノ器械的勞働ヲ減少スルカ故ニ生産上人類ノ負擔スル勞苦ヲ輕減スルノ效アルモノトス往昔アリスト「トール」ハ自動機械現出スルニ非サレハ奴隸制度ハ廢止シ難シト言ヘリシカ現今自動機械ハ盛ニ使用セラレテ人類ノ體力的勞働ヲ輕減スルヲ見ルニ至レリ其他此種ノ實例枚舉ニ遑アラサルナリ

之ヲ要スルニ生産ノ初期ニ於テハ人類ハ殆ト全ク自然ニ支配セラルルモノナレトモ資本ノ力ニ依リ次第ニ自然ヲ操縱シ而シテ其資本ノ増殖スルニ隨ヒ自然ヲ支配スルノ力益々大ナルヲ致スナリ故ニ資本ハ殆ト産業發達ノ基礎ト謂フモ不可ナク資本不足ナルニ於テハ産業ノ振興望ムヘカサルナリ

### 第三節 生産資本ノ成立及ヒ増殖

生産資本ハ如何ニシテ成立シ又如何ニシテ増殖スルモノナルヤ或ハ生産ノ結果ナリト爲ス者アリ或ハ之ヲ節約貯藏ニ歸スル者アリト雖モ此二説ハ其ニ眞理ノ半面ノミヲ觀タルモノニシテ資本ハ實ニ此二者ニ因リテ成立シ又増殖スルモノナリ例ヘハ野蠻人ノ有スル弓矢ノ如キ亦一種ノ資本ナリ此資本ノ成立ヲ觀ルニ自然ノ給スル材料ニ勞働ヲ加ヘテ生産セルモノナルカ故ニ此弓矢ハ生産ノ結果ナリトス然レトモ之カ爲メニ其成立ヲ生産ノミニ歸スルコトヲ得ス更ニ進テ研究セサルヘカサルモノナリ即チ此野蠻人ヲシテ此生産ニ從事スルコトヲ得セシメタルコト是ナリ假ニ此弓矢ヲ作ルカ爲メ十日ヲ費シタリトセンニ此十日間ハ彼ハ如何ニシテ生活セシヤ即チ彼ハ弓矢ノ製作ニ著手スルニ先テ日ノ食物ヲ節約貯藏シテ以テ十日間ノ準備ヲ爲ササルヘカラス然ラハ則チ弓矢ハ直接ニハ生産ノ結果ナリト雖モ此生産ニ從事スルコトヲ得セシメタルモノハ前日ノ節約貯藏ナルカ故ニ此節約貯藏ヲ以テ資本成立

ノ一要素ト爲サルヲ得サルナリ此野蠻人ハ既ニ弓矢ヲ得タルカ故ニ野獸ヲ捕獲スルコト從前ヨリモ多カルヘシ而シテ此等ノ捕獲物ヲ日食シ盡シテ毫モ遺留スルコトナクハ其資本ハ決シテ増殖セサルナリ然ルニ其捕獲物ヲ節約貯藏スルトキハ更ニ他ノ資本例ヘハ小舟ノ製作ニ從事スルコトヲ得ヘキナリ故ニ第二ノ資本タル小舟モ亦節約貯藏ト生産トノ結果ナリト謂フヘシ今日ノ如ク複雑セル社會ニ於テ資本ノ成立シ増殖スルハ右ニ述ヘタルカ如ク簡單ナルモノニ非スト雖モ其原理ニ於テハ異ナルコトナキモノトス例ヘハ鐵道ノ如キ機械ノ如キ直接ニ消費ニ供シ得ヘカサル財貨即チ一種ノ資本ノ製作ニ從事スルコトヲ得ル所以ノモノハ從來社會カ存在セル財貨ヲ直チニ消費セスシテ之ヲ節約貯藏シタルヲ以テナリ

#### 第四節 機械

器具ト機械トハ其間ニ截然タル區別ヲ設クルコト甚タ難シト雖モ之ヲ概言スレハ器具ハ其構造簡單人カヲ以テ之ヲ動かカスモノヲ謂フ之ニ反シテ機械ハ其構造複雜ニシテ其動作ハ多少自働ノ性質ヲ有シ而シテ其原動力ハ牛馬ノ體力、水力、風力、蒸氣力、電氣力等ナリトス

機械ハ之ヲ大別シテ二種トス即チ第一ヲ動力機械ト稱シ勢力ヲ發シ人類ノ體力ニ代ルモノヲ謂フ蒸氣機關、發電器ノ如キ是ナリ第二ヲ勞動機械ト稱シ諸般ノ動作ヲ爲シテ人類ノ熟練ニ代ルモノヲ謂フ紡績機械織物機械ノ如キ是ナリ機械ノ長所ヲ舉クレハ左ノ如シ

第一 機械ハ非常ニ強大ナル勢力ヲ發スルコトヲ得

第二 機械ハ動作均一ニシテ且精密ナルコトヲ得ルノミナラス動作迅速ニシテ休息ノ必要ナキコトハ

人類ノ勞働カ疲勞等ニ因リテ始終均一ナル動作ヲ爲スコトヲ得サルト大ニ其趣ヲ異ニスルモノトス第三 數多ノ機械ハ之ヲ取扱フニ強大ナル體力ヲ要セス紡績機械等ハ男子ノ強力ナル手ヲ以テ使用スルヨリモ却テ女子ノ纖弱ナル手ヲ以テ使用スルコト生産上却テ利益ナリトスルカ如シ

以上ノ原因ニ基キ機械カ生産上如何ナル影響ヲ及ボスヤヲ見ルニ次ノ如シ

第一 從來未曾有ノ生産事業ヲ成立セシムルコトヲ得ルナリ

第二 生産物ノ產額ヲ増加スルコト大ナリ 數多ノ生産ハ機械ノ力ヲ藉ラサルモノ之ヲ行フコトヲ得ル

モノアリ然レトモ機械ヲ用フルトキハ其產額ヲ増加スルコト大ナリ之ヲ英國ノ木綿工業ノ歴史ニ徴

スルニ棉花輸入額ノ増加ハ木綿工業ノ發達ヲ示スモノニシテ棉花ノ英國ニ輸入セル額ハ機械ノ發明改良又ハ蒸氣機關ノ應用ニ伴ヒテ増加セルヲ見ルナリ

第三 生産物ノ品質ヲ善良ナラシム 機械製造ノ物品ハ外觀美ナリト雖モ手工製造ノ物品ニ比スレハ

脆弱ナリト曰フ者アレトモ機械製造ノ物品ニ粗惡ナルモノアルハ機械ノ罪ニ非スシテ製造業者初ヨ

リ粗惡廉價ノ物品ヲ製造スルヲ以テ目的トスルカ故ニ斯ル結果ヲ來スモノトス

第四 機械ハ人力ヲ省キ且多量ノ生産ヲ爲シ得ルカ故ニ生産費ヲ減シテ物品ノ代價ヲ低廉ナラシム

機械使用ノ當初ニ於テハ生産費ノ減少ヨリ生ズル利益ハ機械ノ所有者ニ歸スレトモ機械ノ増加スル

ニ隨ヒ漸次競争ヲ生シ其價格ヲシテ遂ニ生産費ニ近カラシムルニ至ル英國ニ於ケル綿絲、綿布ノ價

格ノ次第ニ低落セルカ如キハ顯著ナル實例ナリトス

機械カ生産ニ及ボス影響ハ右ニ述ヘタルカ如クニシテ社會全般ニ利益ヲ與フルコト大ナリト然レト

モ亦多少ノ弊害之ニ伴フモノアルヲ見ルナリ

第一 機械ノ應用ニ因リ手工職工中其職業ヲ失フ者アリ 即チ勞働分配既ニ行ハレ職工各、其業ヲ以テ生活スルニ當リ機械工業起リテ職工多年ノ熟練ヲ無用ニ屬セシメ以テ窮厄ニ陷ラシムルコトアルナリ而シテ此困難ハ獨リ職工ノミナラス機械ノ所有者モ亦其弊ヲ被ムルヘキナリ即チ機械ノ發明、改良相踵クトキハ舊式ノ機械ハ新機械ニ對シテ競争スルコト甚タ難シトス

第二 機械ノ應用盛大ナルニ隨ヒ工業社會ニ於ケル貧富ノ懸隔益々大ナルニ至ル即チ機械ハ多クハ其價大ニシテ設置ニ費用ヲ要スルコト尠カラサルカ故ニ富者ニ非サレハ之ヲ使用スルコト甚タ難ク隨テ有力ナル機械ヲ使用シ得サル者ハ遂ニ競争ニ失敗シテ貧弱ト爲ルナリ

第三 機械工業ハ婦女、幼者ヲシテ過度ニ勞働ヲ爲サシメ又家族團圓ノ幸福ヲ破リ以テ勞働者社會ノ衛生、道德ヲ害スルノ弊アリトス

然レトモ以上ノ弊害ハ往往世人ノ唱フルカ如ク大ナルモノニ非シテ他ノ方面ヨリ之ヲ矯正緩和スルコトヲ得サルニ非ス例ヘハ一種ノ機械發明セラルルヤ從來ノ手工職工ハ一時其業ヲ失フ者アリト雖モ此機械ノ使用盛大ニ趨クト共ニ勞働者ヲ要スルコト益々多ク其數却テ曩ニ失業セル者ヨリ多キニ至ルヘシ又一種ノ工業機械ノ應用ニ因リ隆盛ヲ致ストキハ他ノ工業モ亦之ニ誘ハレテ振興シ隨テ勞働ノ需要ヲ増加スルヤ必セリ故ニ機械ノ應用ハ結局勞働ノ需要ヲ減殺スルモノニ非ス例ヘハ鐵道事業ノ發達ト共ニ地方又ハ都府内ノ運輸事業モ亦其ニ發達スルカ故ニ運搬ニ從事スル勞働者ノ數ハ却テ増加スルモノナリ又機械ヲ使用スル工業ト然ラサルモノトヲ比較スルニ後者ハ之ヲ中止スルコト前者ヨリモ甚タ容易ナリ故ニ機械工業ノ勞働者ハ手工工業ノ勞働者ヨリモ其職ヲ失フコト尠ク隨テ一層安全ナル地位ニ在ルモノトス

此ノ如ク機械ノ應用ハ往往世人ノ怖ルルカ如ク勞働者ノ境遇ニ不利ヲ來スモノニ非ス現ニ英國木綿工業ノ中心ナル「ランカシャー」ニ於テハ勞働者ノ境遇漸次進歩セルハ明白ナル事實ナリトス然レトモ勞働者ニシテ獨立ノ精神ニ乏シク又勞働者ノ組合等未タ成立セサル時ニ當リ之ヲ資本家ノ利己心ニノミ放任スルトキハ勞働者ハ其境遇ヲ改良スルヲ得サルナリ故ニ國家ハ法規ヲ設ケテ勞働者ノ衛生、道德ヲ保護セサルヘカラス之ヲ要スルニ機械ナルモノハ之ヲ應用スルニ當リ多少ノ弊害ヲ生スルハ到底避クヘカラスト雖モ其利益ニ比スレハ言フニ足ラサルヲ以テ機械ノ應用ハ益々盛大ナランコトヲ希望セシムルハ非サルナリ

## 第五章 企業

### 第一節 企業ノ意義及其必要

曩ニ述ヘタル如ク生産ハ自然ノ勞働、資本ノ三要素相結合スルコトヲ要スルモノタリ而シテ此三要素ハ其所有者ヲ異ニスル場合多ク即チ勞働者ハ資本ヲ有セス資本ヲ有スル者必スシモ土地ヲ有セサルカ故ニ此等ノ要素ヲ集メテ之ヲ結合スルノ必要アリトス是レ即チ企業ノ起ル所以ナリ

生産ノ三要素ヲ集メテ損失ノ危險ヲ冒シ以テ生産ノ事業ヲ行フヲ企業ト稱シ之ヲ廣義ニ解スルトキハ自己ノ欲望ヲ満足セシムルヲ以テ目的トスル場合ヲモ含著スト雖モ狹義ニ之ヲ解スルトキハ自己ノ計算ヲ以テ他人ヨリ受クル報酬ヲ豫期シ以テ他人ノ爲メニ財貨ヲ生産スルヲ企業ト稱ス而シテ豫メ他人ノ注文ヲ待タズ現在既ニ成立シ又將來起ラントスル社會公衆ノ欲望ヲ測定シ此欲望ヲ滿足スヘキ財貨ヲ生産スルヲ完全ナル企業ト稱ス之ニ反シテ不完全企業ト稱スルモノハ豫メ注文ヲ待テテ後生産ニ從事

スルモノナルカ故ニ危險尠キモ完全企業ハ危險ヲ冒スコト大ナリトス  
抑、企業ナルモノハ土地、資本ノ私有制度成立シ而シテ自由競争行ハレ勞働分配既ニ發達セル社會ニ  
於テハ必然起ルヘキ現象ニシテ素ト各個人ノ利己心ニ基クテ雖モ社會全般ニ利益ヲ與フルモノトス  
第一 企業ハ社會ノ各個人自ラ生産スルヨリモ廉價ニ生産スルコトヲ得何トナレハ企業者ハ廉價ナル  
原料ヲ買入ルルコトヲ得而シテ製作品一箇ニ付テ得ントスル利益ハ必スシモ多キヲ期セザレハナリ又  
利益、損失共ニ一身ニ歸スルカ故ニ最モ有效ナル生産ノ方法ヲ用ヒ以テ生産費ノ減少ヲ計レハナリ  
第二 所謂完全企業ニ於テハ注文ヲ待タスシテ生産ヲ爲スカ故ニ社會公衆ノ欲望ハ立ロニ之ヲ満足セ  
シムルコトヲ得ルナリ

之ヲ要スルニ企業者殊ニ大企業者ハ今日經濟社會ノ將帥ニシテ巨額ノ資本ヲ集メ數多ノ勞働者ヲ率キ  
以テ生産ヲ指揮、進行セシムルモノトス社會主義ノ論者ハ企業ヲ有害無用視スト雖モ社會主義ノ國家  
ニ於テモ亦生産ヲ指揮、監督スル役員ヲ要スルヤ必セリ

## 第二節 單獨企業及ヒ共同企業

單獨企業トハ一人ノ企業者カ其企業ニ關スル責任ヲ一身ニ負擔シ、企業ヨリ生スル利益、損失共ニ全ク  
企業者一人ニ歸スルモノヲ謂フ是レ企業ノ形式中最モ簡單ナルモノニシテ又最モ普通ニ行ハルモノ  
トス其長所ヲ擧タレハ左ノ如シ

第一 利己心ノ動作最モ強ク隨テ其業務ヲ行フコト最モ熱心ナリ  
第二 他人ニ制肘セラルルコトナキカ故ニ迅速、機敏ナル處置、運動ヲ爲スコトヲ得ルナリ

又單獨企業ノ短所ヲ數フレハ左ノ如シ

第一 一人ノ力有スル身體上並ニ心意上ノ能力ニハ自ラ限アリ又一個人ノ有スル資本ハ非常ニ増加ス  
ルコト難キカ故ニ單獨企業ハ此二種ノ制限ニ因リ業務ノ範圍自ラ狹隘ナラサルヲ得サルナリ

第二 單獨企業ハ全ク企業者一人ニ依リテ成立スルモノナルカ故ニ企業者ニ疾病、老衰、死亡等ノ不幸  
生ズルトキハ其企業ハ廢滅若クハ衰頹ニ歸スルコト少カラサルナリ

單獨企業ハ各種ノ生産事業ニ適用シ得ヘタ殊ニ小企業ニ適スルヤ明カナリ小企業ト大企業トハ其間ニ  
區別ヲ設クルコト難シト雖モ要スルニ小企業ニ於テハ生産額大ナラス生産物ハ主トシテ小區域ノ需用  
ニ應スルニ止マリ而シテ企業者自ラ生産ニ直接ナル勞働ニ從事シ隨テ其智識及ヒ社會上ノ地位他ノ補  
助勞働者ト大差ナキナリ之ニ反シテ大企業ニ至リテハ資本ヲ用フルコト多ク生産ノ目的ハ廣ク社會公  
衆ノ欲望ヲ満足スルニ存シ而シテ企業者ハ身體的ノ勞働ニ從事セス智識、財產、地位等遙ニ勞働者ノ上  
ニ位スルモノナリ此ノ如ク大企業ハ資本ヲ要スルコト大ニシテ其事業ヲ處理監督スルハ一人ノ爲シ易  
カラサル所ナルヲ以テ茲ニ共同企業ノ必要ヲ見ルナリ

共同企業トハ二人以上結合シテ或ハ資本ヲ合セ或ハ勞働ヲ共ニシ以テ生産ニ從事シ其利益、損失  
共ニ之ヲ分配スルヲ謂フ而シテ共同企業ノ形式中重要ナルハ會社ナリトス

第一 合名會社 合名會社ハ各社員カ企業ニ要スル勞働ト資本トヲ共同ニ供出スル會社組織ニシテ社  
員ハ各員ノ全財產ヲ以テ會社ノ義務ヲ保障スルノミナラス其業務モ亦共同ニ之ヲ經營スルヲ以テ本旨  
トス此種ノ會社ハ或ハ同一ノ企業ナレトモ數箇ノ場所ニ於テ特殊ノ處理ヲ要スルカ如キ或ハ同一ノ場  
所ニ於ケルモノ一人ノ設備セサル數種ノ才能ヲ要スルカ如キ或ハ事業ノ性質上普通ノ雇人ニ委託スルコ



ト能ハサルカ如キ場合ニ用ヒテ殊ニ適當ナリトス然レトモ單獨企業ニ比スレハ事件ノ處理決行上多少遲滯スルコトヲ免レシ且社員間ノ意思相合セサル場合ナシトセサルナリ而シテ合名會社ハ社員ノ數少キカ故ニ社員ノ死亡等ニ因リ永續甚タ困難ナリトス

第二 合資會社 合資會社ハ有限責任社員ト無限責任社員トヨリ成リ無限責任社員ハ企業ニ要スル勞働ト資本トヲ供出スルコトハ合名會社ノ社員ニ異ナルコトナシト雖モ有限責任ナル多數ノ社員ハ唯資本ヲ供出スルノミ然レトモ其供出スル資本ハ株式會社ノ株式ノ如ク自由ニ移轉スルコトヲ得サルカ故ニ互ニ深ク信用スル者ニ非サレハ合資會社ヲ組織スルヲ得サルナリ隨テ巨額ノ資本ヲ集ムルコト難シトス而シテ此種ノ會社ノ設立セラルルハ一方ニ於テ一種ノ事業ニ堪能ナルモ之カ經營ニ必要ナル資本ヲ十分ニ有セサル實際家アリ他方ニ於テ自ラ營業ニ從事スルコトヲ好マサレトモ前記ノ實際家ヲ深ク信用スル資本家アルカ如キ場合ニ多シトス即チ前者ハ無限ノ責任ヲ以テ營業ノ局ニ當リ後者ハ單ニ資本ヲ供出スルノ條件ヲ以テ合資會社ヲ組織スルナリ

第三 株式會社 株式會社トハ會社ノ資本ヲ株式ニ分チ其義務ニ對シテ會社財產ノミ責任ヲ負フモノヲ謂フ其長所ヲ左ニ舉ケン

(イ) 株式會社ノ社員ハ其株金ノミヲ以テ責任ヲ負ヒ且其株式ハ容易ニ之ヲ賣却スルコトヲ得ルヲ以テ株式會社ノ事業ト社員ノ一身トハ密接ナル關係ヲ有セサルナリ是ヲ以テ世人ノ資本ヲ株式會社ニ放下セントスル者ハ合名會社、合資會社ノ場合ニ比シテ甚タ多ク爲メニ株式會社ハ容易ニ多額ノ資本ヲ集メ得ルナリ

(ロ) 株式會社ハ社員ノ老衰、死亡等一箇人ノ關係ニ因リテ直接ノ影響ヲ被ムラサルカ故ニ事業ノ永續

ニ適スルナリ

(ハ) 株式會社ハ會社ノ狀況及ヒ其事業ノ成績ヲ公告セサルヘカラサルヲ以テ世人ノ信用ヲ受シルコト自ラ厚キナリ

(ニ) 業務擔當者ニ適當ナル人物ヲ得ルノ便宜ヲ有ス、單獨事業ニ於テハ縱令其規模大ナルモ之ニ從事スル者ハ其資本主ニ對シテ多少隸屬的關係ヲ有スト雖モ株式會社ノ業務擔當者ハ其地位大ニ獨立ノ觀アリ殊ニ大會社ノ業務擔當員ニ至リテハ社會上ニ於ケル地位亦高キカ故ニ有爲ノ才ヲ抱ク者好ミテ株式會社ノ業務擔當員ト爲ルナリ

次に其短所ヲ數フレハ左ノ如シ

(イ) 株式會社ハ多數ノ株主ヨリ成ルモノナルカ故ニ意見ノ一致ヲ缺キ相爭フコトアルヲ免レシ又重要ノ事件ハ株主總會ノ決議ヲ要スルカ故ニ時機ヲ失シ業務ノ遲滯ヲ來ス等ノ虞アリ

(ロ) 株式會社ハ株主ハ其責任其株金ニ止マルカ故ニ對スル注意十分ニ深カラス且株主ノ多數ハ會社ノ業務ニ通曉セサルモノナルカ故ニ株主總會アルモ多クハ監督ノ實ヲ舉グルコト能ハサルナリ而シテ業務擔當者ハ寧ロ被僱者ノ地位ニ立ツモノナレハ其業務ニ熱心ナルコト合名會社ノ社員若クハ單獨企業ノ當事者ノ如クナルヲ得ス甚シキニ至リテハ自己ノ爲メニ會社ノ利益ヲ犧牲ニ供スル者ナキニ非サルナリ

(ハ) 株式會社ノ業務ハ監督等種種複雜ナル手續ヲ要スルカ故ニ營業ノ費用自ラ大ナリ  
株式會社ハ以上列舉セルカ如キ長所ト短所トヲ有スルカ故ニ事業ノ大小ニ依リ又ハ其性質ニ從ヒテ或ハ之ニ適シ或ハ然ラサル場合アルヲ見ルナリ例ヘハ些少ナル資本ヲ以テ經營シ得ヘキ事業ハ株式會社

ヲ以テスルノ必要ナク變遷ノ迅速ナル事情ニ應スヘキ企業ハ株式會社ヲ以テ之ヲ行フコト難シトス之  
ニ反シテ資本殊ニ固定資本ヲ要スルコト大ナル事業嚴正ナル規則ニ依リ殆ト器械的ニ營業ヲ爲シ得ル  
事業ニハ株式會社ノ能ク之ニ適合スルヲ見ルナリ例ヘハ鐵道業、航海業ノ如キ銀行業、保險業ノ如キ又  
紡績機械製造等ノ工業ノ如キ是ナリ

又株式會社ヲ會社全般ニ及ホス利害ヲ觀ルニ左ノ如シ

(イ) 巨額ノ資本ヲ要シ到底一箇人ノ企圖シ能ハサル事業ニシテ利益ノ見込アルモ危險之ニ伴ヒ何人モ  
自己ノ全財産ヲ賭シテ從事スルコト能ハサル事業、收益少キモ公衆一般ニ利益ヲ與フル事業ノ如キ  
ハ株式會社ノ組織ヲ藉ルニ非サレハ之カ成立ヲ見ルコト難ク鐵道、海底電線、運河ノ如キハ株式會社  
ノ組織ニ依リ始メテ成立スルモノトス歐洲ニ於ケル鐵道ノ歴史ヲ見ルニ其發生ノ當時ニ於テ諸國ノ  
政府ハ一時ニ巨額ノ資本ヲ投シテ急速ニ之カ敷設ノ功ヲ遂タルコト能ハス世人ハ鐵道ノ前途ヲ危ミ  
進テ獨力其任ニ當ル者ナカリシカ幸ニ株式會社ノ組織ニ依リテ著著起工スルコトヲ得タルナリ又蘇  
士運河ノ如キ大西洋海底電線ノ如キ當時有名ノ專門家ニシテ其成功ヲ疑ヒシ者アリシカ遂ニ株式會  
社ノ力ニ依リテ之ヲ成スコトヲ得タルナリ其他歐洲ニ於テハ公園ノ設置、劇場、病院ノ建築等公益ニ  
供スル事業ヲ營ムニ株式會社ヲ以テスル類例少カラサルナリ而シテ大資本家ニ乏シキ國ニ於テハ右  
ニ述ヘタル如キ事業ヲ行フニ於テ株式會社ノ力殊ニ大ナルヲ見ルナリ獨逸ノ經濟學者「コンラード」  
曰ク「獨逸ニ於テハ大資本家少ク且實業ニ從事スルコトヲ好マル者多シ而シテ十九世紀ノ後半  
ニ於テ佛國、英國ニ對シ經濟上ノ競争ヲ爲シ得ルニ至レルハ株式會社ノ制度ニ負フ所大ナリ」獨逸  
ニシテ既ニ然リトセハ我國ニ於テ株式會社ノ制度ノ必要ナルコト言フヲ俟タルナリ

(ロ) 社會ニ散在スル小額ノ資本ヲ吸收シテ巨額ノ資本ヲ組成シ以テ一國ノ資本ヲ増加シ且小額ナル資  
本ノ所有者ヲシテ大企業ヨリ生スル利益ヲ得セシム

(ハ) 量ニ述ヘタル如ク有爲ノ才ヲ抱ク者好ミテ株式會社ニ入ルカ故ニ社會ノ人才ヲシテ民間ニ於ケル  
諸種ノ事業ニ從事セシメ人才ヲシテ政府ノミ集マラシムルノ弊ヲ除クコトヲ得ルナリ

然レトモ株式會社モ亦社會ニ害毒ヲ及ボササルニ非ス其重ナルモノヲ舉クレハ左ノ如シ

(イ) 株式會社ハ狡猾ノ徒カ公衆ヲ欺クノ手段ト爲ルコト少カラズ殊ニ企業熱盛ナルニ當リ種種ノ株式  
會社ノ興ルヤ世人ノ株式募集ニ應スル者多ク而シテ其破綻ヲ來スニ於テヤ損失ヲ被ムル者ハ中流以  
下ノ少資本家ニ多シトス恐慌ノ歴史ヲ見ルニ投機的ノ株式會社無數ニ成立シテ創忽倒ルルニ基因ス  
ル場合尠カラストス

(ロ) 平日ニ於テモ株式會社ハ所謂投機賣買ニ適スル材料ヲ供スルモノニシテ社會全般ニ投機ノ  
念慮ヲ誘起増長セシムルノ傾向アリトス取引所ニ於ケル定期賣買ノ利害ニ關シテハ之ヲ一概ニ論ス  
ルコト能ハスト雖モ投機ノ念慮ヲ社會全般ニ普及セシムルハ不可ナリトス

(ハ) 株式會社ハ所謂過剰生産ヲ生セシムルノ傾向アリトス即チ株式會社ハ資本ノ増加ニ便ナルカ故ニ  
世上ノ好景氣ニ乘シ其規模ヲ擴張シ其生産ヲ増加スルモ景氣一變シテ世上ノ需要減少スルニ及ヒテ  
ハ規模ヲ縮小スルコト難ク且單獨企業ト異ナリ利益配當ヲ爲サスシテ事業ヲ進行スルコト比較的容  
易ナルヲ以テ生産額ヲ減縮セシ隨テ過剰生産ヲ來シ而シテ過剰生産ハ屢々恐慌ノ原因ト爲ルモノト  
ス

株式會社ノ弊害ハ以上述フルカ如シト雖モ利害相伴フハ事物ノ免レサル所ニシテ株式會社ハ一國ノ經

濟發達上甚タ有要ナル企業組織ナリト謂ハサルヘカラサルナリ  
第四 株式合資會社 株式合資會社ハ有限責任社員ト無限責任社員トヨリ成リ其有限責任社員ハ其持分ヲ株式ニ分チ容易ニ之ヲ融通スルコトヲ得ルコト恰モ株式會社ノ株式ニ同シク又其無限責任社員ハ連帶無限ノ責任ヲ以テ會社ヲ代表シ其業務ヲ執行スルノ任ニ當ルコト恰モ株式會社ノ取締役ト合資會社ノ業務擔當社員トノ兩資格ヲ兼スルカ如シ即チ此種ノ會社ハ合資會社ト株式會社トノ中間ニ位スルモノニシテ或程度ニ於テ雙方ノ長所ト短所トヲ併有スルモノタリ

## 第六章 土地、資本ノ私有制度

### 第一節 所有權

前章ニ述ヘタル如ク今日ノ社會ニ於テハ生産ハ主トシテ私人ノ企業ニ依リテ行ハルモノニシテ是レ蓋シ生産ニ必要ナル土地及ヒ資本カ箇人ノ私有ニ屬スルヲ以テナリ而シテ土地、資本ノ私有ハ所有權及ヒ相續權ノ形態ヲ以テ現ハルモノトス先ツ所有權ニ就テ少シク之ヲ説カン  
所有權ノ定義ニ至リテハ各國ノ法律多少ノ差異ヲ示スト雖モ要スルニ其所有ニ屬スル財貨ヲ自由ニ使用收益及ヒ處分スルノ權利ヲ謂フナリ然レトモ所有權ハ決シテ絶對的ノモノニ非ス例ヘハ我民法ハ「法令ノ制限内ニ於テ」ト云ヒ實際所有權ハ種種ノ制限ヲ被ムルモノトス即チ家屋ノ所有權ハ火災衛生等ニ關スル行政規則ノ爲メニ拘束セラレ土地ノ所有權ハ收用法ニ對抗スルコト能ハサルカ如キ是ナリ  
所有權ハ各種ノ財貨ニ對シテ同時ニ生シタルモノニ非ス其成立ノ順序ヲ考フルニ自己ノ製作シタル財

### 雜

### 錄

○法學志林ノ改良ト法典質疑錄 從來本大學ノ發行ニ係ル法學志林ハ著者改良ヲ施シ以テ法學研究ノ爲メニ貢獻スル所勲カラサリシカ今同其事務ヲ擴張シ主筆梅博士及ヒ秋山博士、乾學士ノ外更ニ加藤博士、牧野學士、三浦學士等之ヲ編輯ノ任ニ當ルコトト爲リ之ト同時ニ神田區鍛冶町二十二番地法典質疑會ハ其事務所ヲ本大學内ニ移シ同會發行ノ法典質疑錄ハ之ヲ法學志林ノ一部ニ掲載スルコトト爲レリ

本月以後ノ法學志林ハ幾多名家ノ筆ニ成レル深達ナル法理、奇抜ナル學說ヲ紹介シテ餘ス所ナキノミナラス研學ノ士カ懷抱セル疑問ヲ解決シテ快刀亂麻ヲ斷ツノ趣アルヘク其法學海ノ燈明臺トシテ一段ノ光彩ヲ放ツヤ期シテ待ツヘキナリ  
○學生忘年會 舊臘二十四日本大學第二講堂ニ於テ學生忘年會ヲ催セリ當日ハ天氣晴朗ニシテ來會者ハ堂内ニ充テ乾學士及ヒ校友信岡辯護士ノ有益ナル談話アリ次テ學生ノ演說餘興等アリテ甚タ盛會ナリキ

## 大審院判決要旨

○登記手續ノ通則及ヒ除外例ノ適用

登記義務者數人アリテ其一部ハ任意上登記申請ヲ爲スコトヲ承諾スノモ他ノ一部ハ之ヲ爲スコトヲ拒ムカ如キ場合ニ於テ登記

權利者カ登記義務者ニ對シ登記申請ノ手續ヲ爲スヘシトノ訴求ヲ爲スニ付キ其後者ノミヲ被告トスヘキカ勝タ前者ヲ併セテ之ヲ共同被告トスヘキカニ付テハ從來議論ノ存スル所ナリシカ頃日大審院民事刑事聯合部ニ於テ判決ヲ下セル所ヲ見ルニ其要旨左ノ如シ

不動産登記法ヲ審按スルニ其第四章第二十五條乃至第五十九條ニ於テ總テ登記手續ニ關スル事ヲ詳細ニ規定シ其第二十六條ニ於テ登記手續ノ一般通則ヲ定メ凡ソ登記ヲ爲スニハ登記權利者及ヒ登記義務者雙方登記所ニ出頭シテ之カ申請ヲ爲スコトヲ要スルモノトシ其第二十七條ニ於テ右通則ノ除外例ヲ設ケ判決(又ハ相續)ニ因ル登記ハ登記權利者ノミニテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ故ニ當事者ニ於テ登記ヲ爲サントスルニハ苟モ右通則又ハ除外例ノ規定ヲ遵守セハ足レリト云ハサルヘカラス然ラハ則チ當事者雙方任意ニ登記所ニ出頭シ登記ノ申請ヲ爲スニ於テハ其手續ハ合法ナルニ依リ登記ヲ爲シ得ヘキハ言フ俟タス當事者ノ一方タル登記義務者ニシテ其義務ヲ履行シ登記申請ヲ爲スコトヲ肯セサルニ於テハ登記權利者ハ任意上ノ登記申請ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ先ツ義務者ニ對シ登記申請ノ手續ヲ爲スヘシトノ訴求ヲ爲シ勝訴ノ判決ヲ得之ヲ以テ義務者ノ登記申請ニ換ヘ權利者ノミニテ登記申請ヲ爲シ以テ登記ヲ爲シ得ヘシ前者ハ登記手續ノ一般通則ヲ遵守スルモノニシテ後者ハ其除外例ノ規定ニ從ヒタルモノトス又登記義務者數人アリテ其一部ナル甲ハ任意上登記申請ヲ爲スコトヲ承諾スルモ他ノ一部ナル乙ニ於テ之ヲ爲スコトヲ拒ムコトアリ是レ即チ通則ト除外例トニ該當スル場合併發シタルモノナレハ不動産登記法カ登記手續ノ一般通則ト除外例トヲ設ケタル精神ニ照シ通則ト除外例トヲ併用セサルヘカラス乃チ登記權利者ハ先ツ乙ニ對シ登記申請ノ手續ヲ爲スヘシトノ訴求ヲ爲シ勝訴ノ判決ヲ得之ヲ以テ乙ノ登記申請ニ換ヘ自己及ヒ甲ノ登記申請ノ

提出シ登記手續ヲ完全ニシ以テ登記ヲ爲シ得ヘク若シ登記權利者カ乙ニ對スル勝訴ノ判決ヲ得タル後ニ至リ甲ニ於テモ亦任意ニ登記申請ヲ爲スコトヲ肯セサルニ於テハ甲ニ對シテモ登記申請ノ手續ヲ爲スヘシトノ訴求ヲ爲シ勝訴ノ判決ヲ得タル後甲及ヒ乙ニ對スル二箇ノ判決ヲ以テ各其登記申請ニ換ヘ自己ノミニ登記申請ヲ提出シ登記手續ヲ完全ニシ以テ登記ヲ爲シ得ヘシ若シ夫レ二人以上ノ登記義務者アリテ共ニ登記申請ヲ爲スコトヲ拒ムニ於テハ登記權利者ハ之ヲ共同被告トシ登記申請ノ手續ヲ爲スヘシトノ訴求ヲ爲シ勝訴ノ判決ヲ得ルニ非サレハ其目的ヲ達スルコト能ハサルハ辯ラ俟タルモ登記義務者ノ一部ハ任意上登記申請ヲ爲スコトヲ承諾シ他ノ一部ノミ之ヲ爲スコトヲ肯セサル場合ニ於テハ後者ノミヲ被告トシ登記申請ノ手續ヲ爲スヘシトノ訴求ヲ爲スコトヲ要スルモ其任意上登記申請ヲ爲スコトヲ承諾シ居ル者ヲモ強ヒテ共同被告トシ義務ノ履行ヲ肯セサル登記義務者ニ對スルト同一ノ訴求ヲ爲スヘキ必要ナキノミナラス法律上其必要ナラサル訴訟ヲ強要スル條理アルナシ(明治三十八年(第百六十七號)民事訴訟法聯合部判決)

○土地共有者ノ補償金分配請求權 共有地カ土地收用法ニ依リ收用セラレ共有者中ノ數人カ其補償金ヲ受領シタル場合ニ於テハ他ニ特別ノ契約ノ存セサル以上ハ他ノ共有者ハ各、其持分ニ應ジ補償金ノ分配ヲ請求スル權利ヲ有スルヤ固ヨリ論ラ俟タス而シテ共有者カ此權利ヲ行使スルニハ必スシモ共有者全員カ共同シテ之ヲ爲スコトヲ要スルモノニ非スシテ各共有者ハ單獨ニ之ヲ行使スルコトヲ得ヘシ何トナレハ金錢ハ性質上何時ニテモ公平ニ分割シ得ヘキモノニシテ各共有者ニ對シ別別ニ分配スルモ他ノ共有者ノ利害ニ何等ノ影響ヲ及ホスヘキモノニ非サレハナリ

○連續犯ノ處斷 原判決ハ理由ノ冒頭ニ「意思繼續シテ」ト掲ケ本件第一乃至第三ノ行為ヲ繼續犯ナリ



A vertical ink wash illustration. On the right side, a large, leafy tree with many branches reaches upwards. On the left side, a person is sitting on a rock, looking up towards the tree. A stream flows from the bottom left towards the center. The style is traditional Chinese ink wash painting.

第十七卷  
第七十二號  
十二月廿一日發行

|       |     |      |    |         |          |
|-------|-----|------|----|---------|----------|
| 壹圓貳拾錢 | 郵稅共 | 十冊前金 | 郵稅 | 定價一冊貳拾錢 | 每月一回廿日發行 |
|-------|-----|------|----|---------|----------|

(第七十六號)

日韓關係疑義  
所謂時的衝突規程卜地的衝突規程卜ノ關係（承前）

日露講和二關スル經濟學者 ホーブル、ルロワ、ホーリユ

觀艦式拜觀ノ記  
無題錄

大審院新判決例拾九件

大學ノ重擢○東京辯論士會ノ最後有告○車ヲ不  
○野口男三郎ノ豫審決定○百年以上ノ地上權○女囚携帶  
○盛哉ノ同盟罷工○老書生成功談○久保田堅次氏ノ名譽

[illegible]

發行所

法政大學

校外生規則摘要

- 一 十个月以上本大學ノ校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義錄ノ講習ヲ終リタル者ハ校外生修業書ヲ請求スルコトヲ得但手數料金貳拾錢ヲ納ムヘシ
- 一 校外生ノ講習料ハ金九圓トシ一時前納金七圓五拾錢トシ二回前納金四圓トシ十五个月分納金六拾錢トス但講義錄ハ十二个月ニテ完結ス
- 一 講習料ヲ納付シタルトキハ講義錄ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領取證ヲ交付セシメ若シ發信ノ日ヨリ二十日ヲ過キテ講義錄ノ到達セサルトキハ其旨本大學出版局ニ通知スヘシ
- 一 校外生ニシテ講習十个月ヲ終リタルトキハ本人ノ望ミ依リ論文試験及ヒ筆記試験ヲ施行ス但時宜ニ依リ口述試験ヲ爲ス前項ノ試験成績優等ナル者ハ本大學ノ學生又ハ聽講生ニ編入シ有志者附ノ獎學金ヲ以テ一學年中ノ授業料並ニ寄宿料ヲ支辨スヘシ
- 一 三十九年度校外生ニ付テハ三十九年八月及ヒ十二月ノ二回ニ試験ヲ施行シ優等生ヲ選拔スヘシ
- 一 校外生ハ講義錄中ニ疑義アルトキハ講義錄ノ番號、科目、頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 質疑通信ノ文意解シ難キモノ、主旨明確ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セシ
- 一 質疑有疑ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義錄ニ登載スヘシ

(明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可)  
(毎月三回、十日、二十日、三十日發行)

明治三十九年一月十二日印刷  
(定價金參拾錢)  
明治三十九年一月十五日發行

編輯者 東京市牛込區牛込北町十番地 萩原敬之

印刷者 東京市牛込區矢來町三番地 小宮山信好

印刷所 東京市芝區明舟町十一番地 金子活版所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 法政大學

(電話番町百七拾四番)